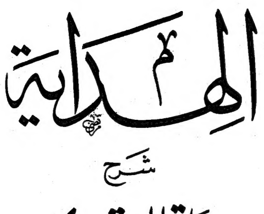


شرح

بداية المبتدي

للامام برهان الدين أبي الحسن علي بن أبي بكر المرغيناني

رحمه الله تعالى المتوفى ٥٩٣هـ

مع

شرح العلامة عبد الحي اللكنوي

رحمه الله تعالى المتوفى ١٣٠٣هـ

٤

اعتنى بإخراجه وتنسيقه وتخريج أحاديثه من نصب الراية والدراية

نعيم اشرف نور احمد

من منشورات

إدارة القرآن والعلوم الإسلامية

٤٣٧ - دى ٥ گاردن ايست ٥ كراتشي ٥ باكستان

الطبعة الأولى : . . . . ١٤١٧ هـ
الصف والطبع والإخراج : . . . . بإدارة القرآن كراتشي
أشرف على طباعته : . . . . فهيم أشرف نور

من منشورات
إدارة القرآن والعلوم الإسلامية
D/ ٤٣٧ گارڈن ايست كراتشي ٥ - باكستان
الهاتف : ٧٢١٦٤٨٨ فاكس : ٧٢٢٣٦٨٨-٠٠٩٢٢١
E. Mail: quran@biruni.erum.com.pk

ويطلب أيضا من :
المكتبة الإمدادية . . . . باب العمرة مكة المكرمة - السعودية
مكتبة الإيمان . . . . السمانية ، المدينة المنورة - السعودية
مكتبة الرشد . . . . الرياض - السعودية
إدارة إسلاميات . . . . انار كلي لاهور - باكستان

كتاب الأَيْمَان[١]

قال[٢]: الأيمان على ثلاثة أضرب: اليمين الغموس[٣]، ويمين منعقدة، ويمين لغوٌ، فالغموس: هو الحلف على أمرٍ ماضٍ[٤] يَتعمد الكذب فيه، فهذه اليمين يأثم فيها صاحبها؛ لقوله عليه السّلام: «من حلف كاذبا أدخله الله النار[٥]»*، ولا كفارة فيها إلا[٦] التوبة والاستغفار.

وقال الشافعي: فيها الكفارة؛ لأنها شرعت لرفع ذنب هتك حرمة اسم الله تعالى، و قد تحقق[٧] بالاستشهاد بالله كاذبًا، فأشبه[٨] المعقودةَ.

ولنا أنها[٩] كبيرة محضة[١٠]، والكفارة عبادة تتأدى بالصوم، ويشترط

---

(١) قوله: "كتاب الأيمان" المناسبات التي تقدم ذكرها بين الكتب إلى ههنا اقتضت الترتيب على ما تقدم، وذكر الأيمان عقيب العتاق، لمناسبتها له في عدم تأثير الهزل، والإكراه فيهما. واليمين في اللغة: القوة، وفي الشريعة: عقد قوى به عزم الحالف على الفعل، أو الترك. (عناية)

(٢) أي القدوري. (عيني)

(٣) قوله: "اليمين الغموس" سمى غموسًا؛ لأنه يغمس صاحبها في الإثم، ثم في النار. (ع)

(٤) قوله: "على أمر ماضٍ" ذكر المضي فيه ليس بشرط، بل هو بناء على الغالب، ألا يرى أنه إذا قال: والله إنه لزيد، وهو يعلم أنه ليس بزيد كان غموسًا. (عناية)

(٥) قوله: "من حلف إلخ" هذ الحديث غريب بهذا اللفظ، ولكن ورد في "صحيح ابن حبان" من حديث أبي أمامة قال: قال رسول الله ﷺ: «من حلف على يمين هو فيها فاجر ليقتطع بها مال امرئ مسلم حرم الله عليه الجنة وأدخله الله النار». (عيني)

* راجع نصب الراية ج٣ ص٢٩٢، والدراية ج٢، الحديث ٦٢٥ ص٩٠. (نعيم)

(٦) إلا بمعنى لكن.

(٧) فلا بد من رفعه، وذلك بالكفارة. (عناية)

(٨) أي الغموس.

(٩) أي أن اليمين الغموس.

(١٠) قوله: "كبيرة محضة" لقوله عليه السلام: «خمس من الكبائر لا كفارة فيهن»، وذكر فيها الغموس،

فيها النية، فلا تناط [١] بها، بخلاف المعقودة؛ لأنها مباحة [٢]، ولو كان فيها ذنب [٣]، فهو متأخر [٤] متعلق باختيار مبتدأ، وما في الغموس ملازم، فيمتنع الإلحاق. والمنعقدة ما يحلف على أمر في المستقبل أن يَفعله، أو لا يَفعله، وإذا حنث في ذلك لزمته الكفارة؛ لقوله تعالى: ﴿لا يؤاخذكم الله باللغو في أيمانكم ولكن يؤاخذكم بما عقّدتم الأيمان﴾، وهو ما ذكرنا [٥].

ويمين اللغو أن يحلف على أمرٍ ماضٍ، وهو يَظن أنه كما قال، والأمر [٦] بخلافه، فهذه اليمين نرجو أن لا يؤاخذ الله بها صاحبها، ومن اللغو أن يقول: والله إنه لزيد، وهو [٧] يظنه زيدا، وإنما هو عمرٌو، والأصل فيه [٨] قوله تعالى: ﴿لا يؤاخذكم الله باللغو في أيمانكم ولكن يؤاخذكم﴾ الآية، إلا أنه [٩] علّقه بالرجاء للاختلاف في تفسيره [١٠].

وكل ما هو كبيرة محضة لا تناط بها العبادة؛ لما أن أسباب العبادات لا بد، وأن تكون أموراً مباحة، كما عرف في الأصول. (عناية)

(١) أي الكفارة بالكبيرة. (عيني)

(٢) فجاز أن تناط بها العبادة. (عناية)

(٣) قوله: "ولو كان فيها ذنب إلخ" جواب عما يقال: المباح هو ما لا يكون فيه ذنب، والمنعقدة فيها ذنب، فلا تكون مباحة، فلا تناط بها العبادة، كما ذكرتم.

وتقريره لو كان في المنعقدة ذنب بهتك حرمة اسم الله تعالى، فهو متأخر عن وقت الانعقاد باختيار مبتدأ لم يدخل في السببية، بخلاف الغموس، فإن الذنب فيها لازم لا يفارقه لا ابتداء، ولا انتهاء، فيمتنع الإلحاق أي إلحاق الغموس بالمنعقدة، وفي هذا الجواب تلويح إلى الجواب عن قوله: فأشبه المعقودة. (عناية)

(٤) أي بالحنث.

(٥) قوله: "وهو ما ذكرنا" والمراد من قوله تعالى: ﴿بما عقدتم الأيمان﴾ ما ذكرنا من قولنا: والمنعقدة ما يحلف على أمر في المستقبل إلخ. (عيني)

(٦) أي في الواقع.

(٧) الواو حالية.

(٨) أي في اليمين اللغو.

(٩) أي محمد.

(١٠) قوله: "وللاختلاف إلخ" أي صورة يمين اللغو مختلف فيها، وإنما علق بالرجاء نفي المؤاخذة بالصورة التي ذكرناها، وذلك غير معلوم بالنص، وما ذكر في الكتاب في تفسير اللغو مروي عن زرارة

قال[1]: والقاصد في اليمين والمكرَه والناسي[2] سواء، حتى تجب الكفارة؛ لقوله عليه السلام: «ثلاث جدّهن جدّ وهزلهن جدّ النكاح والطلاق واليمين[3]»*، والشافعي يخالفنا في ذلك[4]، وسنبين في الإكراه[5]، إن شاء الله تعالى. ومن فعل المحلوف عليه مكرَهًا، أو ناسيًا، فهو سواء[6]؛ لأن الفعل الحقيقي لا ينعدم بالإكراه وهو[7] الشرط، وكذا إذا فعله، وهو مغمى عليه[8]، أو مجنون، لتحقق الشرط[9] حقيقة، ولو كانت الحكمة[10] رفعَ الذنب، فالحكم يدار على

ابن أبي أوفى، وعن ابن عباس رضي الله عنه في إحدى الروايتين. وروى عن محمد أنه قال: هو قول الرجل في كلامه: لا والله، وبلى والله، وهو قريب من قول الشافعي، فإن عنده اللغو ما يجرى على اللسان من غير قصد، سواء كان في الماضي، أو في المستقبل، وهو إحدى الروايتين عن ابن عباس. (عناية)

(١) أي القدوري.(عيني)

(٢) قوله: "والناسي" وهو أن يذهل عن التلفظ باليمين، ثم يتذكر أنه تلفظ بلفظ اليمين ناسيًا، وفي بعض النسخ: ذكر الخاطئ مكان الناسي، وهو أن يريد أن يسبّح مثلا، فجرى على لسانه اليمين. (عناية)

(٣) قوله: "ثلاث جدهن إلخ" هذا الحديث ذكره المصنف هكذا، وبعض الفقهاء يجعل عوض اليمين العتاق، ومنهم صاحب "الخلاصة" والغزالي في "الوسيط" وغيرهما، وكلاهما غريب.
وإنما الحديث: «النكاح والطلاق و الرجعة» أخرج أبو داود والترمذي وابن ماجة عن أبي هريرة رضي الله تعالى عنه قال: قال رسول الله ﷺ: «ثلاث جدهن جد وهزلهن جد النكاح والطلاق والرجعة». (عيني)

* راجع نصب الراية ج٣ ص٢٩٣، والدراية ج٢، الحديث ٦٢٧ ص٩٠. (نعيم)

(٤) أي في وجوب الكفارة على المكره والناسي.(عناية)

(٥) قوله: "وسنبين في الإكراه" أراد به ما يذكره في كتاب الإكراه بقوله: وكذا اليمين والظهار لا يعمل فيها الإكراه؛ لعدم احتمالها الفسخ. (عيني)

(٦) قوله: "فهو سواء" أي فهو ومن فعله مختاراً سواء، تركه لدلالة فحوى الكلام عليه؛ لأن شرط الحنث وجود الفعل حقيقةً، وقد وجد. (عناية)

(٧) أي الفعل حقيقة.

(٨) الواو حالية.

(٩) وهو وجود الفعل الحسي. (عناية)

(١٠) قوله: "ولو كانت إلخ" جواب عما يقال: الحكمة في إيجاب الكفارة رفع الذنب، والمغمى عليه والمجنون لا ذنب لهما؛ لعدم فهم الخطاب، فكيف يجب عليهما الكفارة؟
وتقريره: الحكم وهو وجوب الكفارة دائر مع دليل الذنب، وهو الحنث، لا مع حقيقة الذنب كوجوب

دليله، وهو الحنث، لا على حقيقة الذنب.

باب[١] ما يكون يمينًا، وما لا يكون يمينًا

قال[٢]: واليمين بالله[٣]، أو باسم آخر[٤] من أسماء الله تعالى كالرحمن والرحيم، أو بصفة من صفاته التي يحلف بها عرفًا كعزة الله وجلاله وكبرياءه؛ لأن الحلف بها متعارف، ومعنى اليمين[٥]، وهو القوة حاصل؛ لأنه[٦] يعتقد تعظيم الله وصفاته، فصلح ذكرُه[٧] حاملا ومانعًا.

قال[٨]: إلا قوله: وعلم الله[٩]، فإنه لا يكون يمينًا؛ لأنه غير متعارف، ولأنه[١٠] يذكر، ويراد به المعلوم، يقال: اللهم اغفر علمك فينا أي معلومَك. ولو قال: وغضب الله وسخطه لم يكن حالفًا، وكذا ورحمةِ الله؛ لأن الحلف بها[١١] غير متعارف، ولأن الرحمة قد يراد بها أثرها،

الاستبراء دائر مع دليل شغل الرحم، وهو استحداث الملك، لا مع حقيقة الشغل، حتى إنه يجب، وإن لم يوجد الشغل أصلا، بأن اشترى جارية بكرًا، أو اشتراها من امرأة. (عناية)

(١) قوله: "باب" لما فرغ من بيان ضروب الأيمان بين ما يكون يمينًا من الألفاظ، وما لا يكون.(ع)

(٢) أي القدوري. (عيني)

(٣) أي بهذا الاسم. (عناية)

(٤) قوله: "أو باسم آخر [سواء تعارف الناس الحلف به، أو لا.عيني] إلخ" والمراد بالاسم ههنا لفظ دال على الذات الموصوفة بصفة كالرحمن والرحيم، وبالصفة المصادر التي تحصل عن وصف الله تعالى بأسماء أفاعيلها، كالرحمة والعلم والعزة. (عناية)

(٥) ذكره استظهارًا؛ لأنه لما بنى الأيمان على العرف، كان وجوده مغنيًا عن النظر إلى غيره. (عناية)

(٦) أي الحالف.

(٧) أي ذكر الحالف اسم الله، أو صفته.

(٨) أي القدوري. (عيني)

(٩) قوله: "إلا قوله: وعلم الله إلخ" استثناء منقطع من قوله: أو بصفة من صفاته التي يحلف بها عرفًا، فإن اليمين به إذا لم يكن متعارفًا، كان استثناءه عن العرف منقطعًا. (ع)

(١٠) العلم.

(١١) أي بالغضب والسخط والرحمة.

وهو المطر، أو الجنة، والغضبَ والسخط يراد بهما العقوبة. ومن حلف بغير الله لم يكن حالفًا كالنبي والكعبة[١]؛ لقوله عليه السّلام: «مَن كان منكم حالفًا فليحلف بالله أو ليذر[٢]»*. وكذا إذا حلف بالقرآن؛ لأنه غير متعارف، قال[٣]: معناه أن يقول: والنبي والقرآن، أما لو قال: أنا بريء منهما يكون يمينًا؛ لأن التبرئ منهما[٤] كفرٌ. قال[٥]: والحلفُ بحرف القسم، وحروف القسم: الواو كقوله: والله، والباءُ كقوله: بالله، والتاءُ كقوله: تالله؛ لأن كل ذلك معهودٌ في الأيمان، ومذكورٌ في القرآن[٦].

وقد يضمر الحرف[٧]، فيكون حالفًا كقوله: اللهِ لا أفعل كذا؛ لأن حذف الحرف من عادة العرب إيجازًا، ثم قيل: ينصب لا نتزاع حرف خافض، وقيل: يخفض، فتكون الكسرة دالة على المحذوفة، وكذا[٨] إذا قال لِلهِ في المختار[٩]؛ لأن الباء تبدل بها[١٠]، قال الله تعالى: آمنتم له أي

(١) مثلا أن يقول: والنبي والكعبة.

(٢) قوله: "من كان إلخ" هذا الحديث إلخ أخرجه الجماعة إلا النسائي عن نافع عن ابن عمر رضي الله عنهما أن رسول الله ﷺ قال: «إن الله ينهاكم أن تحلفوا بآبائكم فمن كان منكم حالفًا فليحلف بالله أو ليسكت»، ولفظ الصحيحين: «أو ليصمت». (عيني)

* راجع نصب الراية ج٣ ص٢٩٠، والدراية ج٢، الحديث ٦٢٦ص٩٠. (نعيم)

(٣) أي المصنف.

(٤) قوله: "لأن التبرئ منهما" أي من النبي ﷺ والقرآن كفر، ولقائل أن يقول: سلمنا أن التبرئ منهما، وكذا من كل كتاب سماوي كفر، لكن كونه كفرا ليس بيمين، ولا يستلزمها، ألا يرى أنه لو قال: بحياتك لأفعلن كذا، واعتقد أن البر به واجب كفر، وليس بيمين، والجواب سيجيء عند قوله: إن فعل كذا، فهو يهودي، أو نصراني. (عناية)

(٥) أي القدوري. (عيني)

(٦) قوله: "ومذكور في القرآن" كقوله تعالى: ﴿بالله إن الشرك لظلم عظيم﴾، وكقوله تعالى: ﴿والله ربنا ما كنا مشركين﴾، وكقوله تعالى: ﴿تالله لأكيدن أصنامكم﴾. (عيني)

(٧) قوله: "وقد يضمر إلخ" والفرق بين الإضمار والحذف بقاء أثر المضمر دون المحذوف. (عناية)

(٨) أي يكون يمينًا.

(٩) قوله: "في المختار" احتراز عما روى عن أبي حنيفة أنه لو قال: لله على أن لا أكلم فلانًا، أنها ليست

آمنتم به. وقال أبو حنيفة: و إذا قال: وحقِّ الله، فليس بحالفٍ، وهو قول محمد، وإحدى الروايتين عن أبي يوسف.

وعنه رواية أخرى أنه يكون يمينًا؛ لأن الحقّ من صفات الله تعالى، وهو حقّيته[1]، فصار كأنه قال: والله الحق. والحلفُ به متعارفٌ، ولهما أنه يراد به[2] طاعة الله تعالى؛ إذ الطاعات حقوقُه، فيكون حلفًا بغير الله.

قالوا: لو قال: والحقِّ يكون يمينًا، ولو قال: حقًا لا يكون يمينًا؛ لأن الحق من أسماء الله تعالى[3]، والمنكر يراد به تحقيق الوعد.

ولو قال: أقسم، أو أقسم بالله، أو أحلف، أو أحلف بالله، أو أشهد، أو أشهد بالله، فهو حالف؛ لأن هذه الألفاظ[4] مستعملة في الحلف، وهذه الصيغة[5] للحال حقيقةً، وتُستعمل[6] للاستقبال لقرينةٍ، فجعل حالفًا في الحال. والشهادة يمين؛ قال الله تعالى: ﴿قالوا[7] نشهد إنَّك لرسول الله﴾، ثم قال[8]: ﴿اتخذوا أيمانهم جُنَّةً﴾، والحلفُ بالله[9] هو

بيمين. (عناية)

(١٠) اللام.

(١) أي كونه حقًا.

(٢) أي بالحق. (عيني)

(٣) قوله: "لأن الحق إلخ" يريد الفرق بين الحق وحقًا، بأن المعرف اسم من أسماء الله تعالى، والحلف به متعارف، فيكون يمينا. وأما المنكر: فهو مصدر منصوب بفعل مقدر، فكأنه قال: أفعل هذا الفعل لا محالة، وليس فيه معنى الحلف فضلا عن اليمين. (عناية)

(٤) أي أقسم وأخواته.

(٥) أي صيغة أقسم. (عيني)

(٦) أي مجازًا.

(٧) أي المنافقون.

(٨) تعالى.

(٩) قوله: "والحلف بالله إلخ" قال تاج الشريعة: هذا جواب عمن يقول: إن قوله: أحلف، ينبغي أن لا

المعهود المشروع، وبغيره محظور، فصرف[١] إليه[٢]، ولهذا قيل: لا يحتاج[٣] إلى النية، وقيل: لا بد منها؛ لاحتمال العِدَة[٤]، واليمين بغير الله. ولو قال بالفارسية: سوگند ميخورم بخداى، يكون يمينًا؛ لأنه للحال، ولو قال: سوگند خورم، قيل: لا يكون يمينًا[٥]، ولو قال بالفارسية: سوگند خورم بطلاق زنم، لا يكون يمينا؛ لعدم التعارف.

قال[٦]: وكذا قوله[٧]: لَعَمْرُ الله، وأيم الله؛ لأن عمر الله بقاء الله[٨]، وأيم الله معناه أيمن الله، وهو جمع يمين[٩]، وقيل: معناه والله[١٠]، وأيم صِلةٌ كالواو[١١]، والحلفُ باللفظين[١٢] متعارف. وكذا[١٣] قوله: وعهد الله وميثاقه؛ لأن العهد يمين قال الله تعالى: ﴿وأوفوا بعهد الله﴾، والميثاق عبارة

يكون يمينًا؛ لجواز أن يكون حالفًا بغير الله تعالى. (عينى)

(١) أى قوله: أحلف.

(٢) أى إلى الحلف بالله.

(٣) فى قوله: أحلف، أو أشهد، أو أقسم.

(٤) أى الوعد. (عينى)

(٥) لأن لفظ خورم للاستقبال.

(٦) أى المصنف. (عينى)

(٧) قوله: "وكذا قوله إلخ" هذا عطف على أصل المسألة، وهو قوله: أقسم إلى آخره أى وكذا يكون يمينًا هذان اللفظان. (عينى)

(٨) قوله: "بقاء الله" والبقاء من صفات الذات، فجاز الحلف به. (عينى)

(٩) عند الكوفيين.

(١٠) هذا عند البصريين.

(١١) أى كلمة مستقلة.

(١٢) قوله: "والحلف باللفظين" يريد به قوله: لعمر الله، وأيم الله متعارف يحلف بهما عادة، ولم يرد نهى من الشرع، فيكون يمينًا. (عينى)

(١٣) أى يكون يمينًا.

عن العهد. وكذا[١] إذا قال: عليَّ نذرٌ[٢]، أو نذرُ الله؛ لقوله عليه السلام[٣]: «من نذر نذراً ولم يسم فعليه كفارة يمين»*.

وإن قال: إن فَعلتُ كذا، فهو يهودى، أو نصرانى، أو كافرٌ، يكون يمينًا؛ لأنه[٤] لما جَعَل الشرطَ علمًا على الكفر، فقد اعتقده[٥] واجب الامتناع، وقد أمكن القول بوجوبه لغيره[٦] بجعله يمينًا، كما نقول فى تحريم الحلال[٧]، ولو قال[٨] ذلك لشىء قد فعله، فهو الغمُوس[٩]، ولا يكفر اعتباراً بالمستقبل[١٠]، وقيل[١١]: يكفر؛ لأنه تنجيزٌ معنى، كما إذا قال: هو يهودى. والصحيح أنه لا يكفر فيهما[١٢] إن كان يَعلم أنه يمين، وإن كان عنده أنه يكفر فيهما[١٣]؛ لأنه رضى بالكفر، حيث أقدم على

(١) أى يكون يمينًا.

(٢) أن لا أفعل كذا. (ع)

(٣) أخرجه أبو داود وابن ماجة عن ابن عباس. (عينى)

* راجع نصب الراية ج٣ ص٢٩٥، والدراية ج٢، الحديث ٦٢٩ ص٩١. (نعيم)

(٤) أى لأن هذا القائل.

(٥) أى المحلوف عليه.

(٦) أى لغير الشرط، وهو اليمين. (عينى)

(٧) فإنه يمين.

(٨) قوله: "ولو قال ذلك إلخ" يعنى لو حلف بهذا اللفظ على أمر ماض، فإن كان عنده أنه صادق، فلا شىء عليه، وإن كان يعلم أنه كاذب، فهو الغموس. (ع)

(٩) لا كفارة فيها عندنا.

(١٠) قوله: "ولا يكفر اعتباراً بالمستقبل" يعنى كما لو حلف به على أمر فى المستقبل، فإنه فى المستقبل كان يمينًا، ولا يكفر الحالف، كذلك إذا كان فى الماضى. (عناية)

(١١) قوله: "وقيل" وهو قول محمد بن مقاتل: يكفر؛ لأنه علق الكفر بما هو موجود، والتعليق بالموجود تنجيز، فكأنه قال: هو يهودى. (ع)

(١٢) أى فى الماضى والمستقبل. (عينى)

(١٣) قوله: "يكفر فيهما" أى فى الماضى والمستقبل؛ لأنه لما أقدم على ذلك الفعل، وعنده أنه يكفر، فقد

الفعل. ولو قال: إن فعلتَ كذا، فعلى غضب الله، أو سخط الله، فليس بحالفٍ؛ لأنه دعا على نفسه، ولا يتعلق ذلك بالشرط، ولأنه غير متعارف. وكذا إذا قال[1]: إن فعلت كذا، فأنا زانٍ، أو سارقٌ، أو شاربُ خمرٍ، أو آكلُ ربا؛ لأن حرمة هذه الأشياء[2] تحتمل النسخ والتبديل[3]، فلم يكن[4] في معنى حرمة الاسم[5]، ولأنه ليس بمتعارف[6].

فصل في الكفارة[7]

قال[8]: كفارة اليمين عتق رقبة، يجزئ فيها ما يجزئ في الظهار[9]، وإن شاء كسا عشرة مساكين كلَّ واحد ثوبًا فما زاد[10]، وأدناه[11] ما يجوز

رضى بالكفر. (ع)

(١) أي لا يكون يمينًا.

(٢) الزنا وأخواته.

(٣) قوله: "تحتمل النسخ إلخ" أقول: في كلام المصنف لف ونشر على غير الترتيب، وذلك لأن قوله: والنسخ متعلق بشرب الخمر وأكل الربا، فإنهما يحتملان الفسخ في نفسه، وإن لم يرد النسخ، ألا ترى أن الربا يحل في دار الحرب. وقوله: والتبديل متعلق بالزنا والسرقة، ويراد بالتبديل انقلاب المحل، فإن الفعل المقصود بالزنا، والعين المقوصة بالسرقة بعينه جاز أن يكون حلالا له بوجه النكاح، وملك اليمين، فسمى احتمال انقلابهما من الحرمة إلى الحل بالسبب الشرعي نسخًا وتبديلا. (عناية)

(٤) لأن حرمة الاسم لا تحل بحال. (ع)

(٥) أي اسم الله تعالى.

(٦) فلا يكون يمينًا. (ع)

(٧) قوله: "فصل في الكفارة" لما فرغ من بيان الموجب، شرع في بيان الموجب، وهو الكفارة، لكن هي موجب اليمين عند الانقلاب؛ لأن اليمين لم تشرع للكفارة، بل تنقلب موجبة لها عند انتقاضها بالحنث. (عناية)

(٨) أي القدوري. (عيني)

(٩) قوله: "ما يجزئ إلخ" يعني الرقبة المسلمة والكافرة، والذكر والأنثى، والصغير والكبير، ولا يجزئ العمياء، ولا مقطوعة اليدين، أو الرجلين، أو المقطوعة يده ورجله من جانب واحد بخلاف العوراء أو المقطوعة إحدى اليدين، وإحدى الرجلين، وفي الأصم اختلاف المشايخ، والأصح الجواز. (عيني)

(١٠) أي على الثوب.

فيه الصلاة، وإن شاء أطعم عشرة مساكين كالإطعام فى كفارة الظهار[١]، والأصل فيه قوله تعالى: ﴿فكفارته إطعام عشرة مساكين﴾ الآية[٢]، وكلمة أو للتخيير، فكان الواجب أحد الأشياء الثلاثة.

قال[٣]: فإن لم يقدر على أحد الأشياء الثلاثة، صام ثلاثة أيام متتابعات، وقال الشافعى: يخير[٤]؛ لإطلاق النصّ.

ولنا قراءة ابن مسعود[٥]: "فصيام ثلاثة أيام متتابعات[٦]"*، وهى كالخبر المشهور[٧]، ثم المذكور فى الكتاب[٨] فى بيان أدنى الكسوة مرويّ عن محمد. وعن أبى يوسف وأبى حنيفة أن أدناه ما يستر عامة بدنه، حتى لا يجوز السراويل، وهو الصحيح[٩]؛ لأن لابسه يسمى عريانًا فى العرف، لكن ما لا يجزئه[١٠] عن الكسوة يجزئه عن الطعام باعتبار القيمة.

---

(١١) الثوب.

(١) قوله: "كالإطعام فى كفارة الظهار [﴿من أوسط ما تطعمون أهليكم أو كسوتهم أو تحرير رقبة﴾]" يعنى لكل واحد من عشرة مساكين صاع من تمر، أو شعير، أو نصف صاع من حنطة، أو دقيق، أو سويق، فإن دعى عشرة مساكين، فغداهم وعشاهم أجزأهم. وكذلك إن أطعم خبزا، ليس معه إدام، وإن غداهم وعشاهم، وفيهم صبى فطيم، أو فوق ذلك شيئًا لم يجزه، وعليه إطعام مسكين واحد. (عينى)

(٢) ﴿من أوسط ما تطعمون أهليكم أو كسوتهم أو تحرير رقبة﴾.

(٣) أى القدورى. (عينى)

(٤) قوله: "يخير" يعنى إن شاء فرق، وإن شاء تابع. (عينى)

(٥) ﴿فمن لم يجد فصيام﴾ إلخ.

(٦) بزيادة لفظ متتابعات.

* راجع نصب الراية ج٣ ص٢٩٦، والدراية ج٢، الحديث ٦٣٠ ص٩١. (نعيم)

(٧) يجوز الزيادة به على مطلق الكتاب.

(٨) قوله: ثم المذكور فى الكتاب" أى فى "مختصر القدورى"، وأراد بالمذكور، المذكور فى قوله: فى أول الفصل وأدناه ما يجوز فيه الصلاة فى بيان أدنى الكسوة. (عينى)

(٩) احتراز عما روى فى "نوادر ابن سماعة": أنه يجوز. (عناية)

(١٠) قوله: "لكن ما لا يجزئه إلخ" يعنى لو أعطى كل مسكين نصف ثوب لم يجزه من الكسوة؛ لأن

وإن قدم الكفارةَ على الحنث، لم يجزئه، وقال الشافعي: يجزئه بالمال[١]؛ لأنه أداها بعد السبب[٢]، وهو اليمين، فأشبه التكفير بعد الجرح[٣]. ولنا أن الكفارة لستر الجناية، ولا جناية ههنا[٤]، واليمين ليست بسبب[٥]؛ لأنه مانع[٦] غير مفضٍ، بخلاف الجرح؛ لأنه مفضٍ[٧]، ثم لا يسترد من المسكين[٨]؛ لوقوعه صدقة.

قال[٩]: ومن حلف على معصية مثل أن لا يصلي، أو لا يكلم أباه، أو ليقتلن فلانًا ينبغي أن يحنث نفسه، ويكفر عن يمينه؛ لقوله عليه السّلام: «من حلف على يمين ورأى غيرَها خيرًا منها فليأت بالذي هو خير ثم ليكفر

الإكساء لا يحصل به، ولكنه يجزئه من الطعام إذا كان نصف ثوب يساوي نصف صاع من حنطة، وكذلك لو أعطى عشرة مساكين ثوبًا بينهم، وهو ثوب كثير القيمة يصيب كلا منهم أكثر من قيمة ثوب لم يجزه من الكسوة؛ لأنه لا مكتسي به كل واحد منهم، ويجزيه من الطعام. وهل يشترط النية، أو لا؟ ذكر شيخ الإسلام في ظاهر الرواية أنه يجزئه نوى أن يكون بدلا عن الطعام، أو لم ينو، وعن أبي يوسف: إذا نوى أن يكون بدلا عن الطعام يجزئه عن الطعام، وإن لم ينوه لم يجزه. (عناية)

(١) قوله: "يجزئه بالمال" أي يجزئ التكفير بالمال قبل الحنث، وقيد بالمال؛ لأن ظاهر مذهبه أن الصوم لا يجوز؛ لأن العبادات البدنية لا تتقدم على وقت الأداء، وفي وجه يجوز، وهو قوله القديم. (عيني)

(٢) قوله: "بعد السبب" وهو اليمين؛ لأنها تضاف إلى اليمين يقال: كفارة اليمين، والواجبات تضاف إلى أسبابها حقيقة، والأداء بعد السبب جائز لا محالة. (عناية)

(٣) وقبل الموت.

(٤) قوله: "ولا جناية ههنا [أي قبل الحنث]" لأنها تحصل بهتك حرمة اسم الله تعالى بالحنث. (عناية)

(٥) قوله: "واليمين ليست بسبب" جواب عن قوله: لأنه أداها بعد السبب، وهو اليمين، ووجهه أن السبب ما يكون مفضيًا، واليمين غير مفضٍ إلى الكفارة؛ لأنها تجب بعد نقضها بالحنث، وإنما أضيفت إليها؛ لأنها تجب بحنث بعد اليمين، كما تضاف الكفارة إلى الصوم. (عناية)

(٦) فإن اليمين للبر، لا للحنث.

(٧) إلى الموت.

(٨) قوله: "ثم لا يسترد من المسكين" قيل: هو معطوف على قوله: لم يجزه يعني وإن لم يقع كفارة إذا وقع إلى المسكين قبل الحنث، لكن لا يسترد منه؛ لأنه قصد شيئين: ستر الجناية، وحصول الثواب، ولم يحصل الأول؛ لعدم الجناية، فيحصل الثاني فيكون قد وقعت صدقة، ولا رجوع فيها. (ع)

(٩) أي القدوري. (عيني)

عن يمينه[١]»*، ولأن فيما قلناه[٢]، تفويت البرّ إلى جابرٍ، وهو الكفارة، ولا جَابر للمعصيةِ فى ضِدّه[٣]. وإذا حَلَفَ الكافر، ثم حنث فى حال كفره، أو بعد إسلامه، فلا حنث عليه؛ لأنه[٤] ليس بأهل لليمين؛ لأنها تعقد لتعظيم الله تعالى، ومع الكفر لا يكون معظِمًا[٥]، ولا هو[٦] أهل للكفارة؛ لأنها عبادة[٧]. ومَن حَرّم على نفسه[٨] شيئًا ممّا يملكه لم يصر محرمًا[٩]، وعليه إن استباحه[١٠] كفارة يمين، وقال الشافعى: لا كفارة عليه؛ لأن تحريم الحلال قلب المشروع، فلا ينعقد به تصرف مشروع، وهو اليمين. ولنا أن اللفظ ينبئ عن إثبات الحرمة[١١]، وقد أمكن إعماله[١٢]

---

(١) قوله: "من حلف على يمين [رواه فى الصحيح] إلخ" معناه من حلف على مقسم عليه من فعل، أو ترك؛ لأن اليمين مركبة من مقسم به، وهو بالله، ومقسم عليه، وهو قوله: لأفعلن كذا، أولا أفعلن، فكان من باب ذكر الكل، وإرادة البعض. (عناية)

* راجع نصب الراية ج٣ ص٢٩٦، والدراية ج٢، الحديث ٦٣١ ص٩١. (نعيم)

(٢) قوله: "ولأن فيما قلناه" أى فى تحنيث النفس، أو التكفير بعد ذلك تفويت البر إلى جابر، والجابر هو الكفارة، والفوات إلى جابر كلا فوات، فتكون المعصية الحاصلة بتفويت البر كلا معصية لوجود الجابر.
أما إذا أتى بالبر، وهو ترك الصلاة، وقطع الكلام عن الأب، وقتل فلان بغير حق، تحصل المعصية بلا جبر لها، فتكون المعصية قائمة لا محالة، فلهذا قلنا: يحنث نفسه، ويكفر عن يمينه. (عناية)

(٣) أى فى ضد ما قلناه.

(٤) الكافر.

(٥) قوله: "لا يكون معظمًا" إذ الكفر إهانة واستخفاف بالخالق، وهو ينافى التعظيم. (عناية)

(٦) الكافر.

(٧) قوله: "لأنها عبادة [والكافر ليس بأهل للعبادة]" بخلاف الاستحلاف فى الدعاوى والخصومات، فإن المقصود منه ظهور حق المدعى بالنكول والإقرار، والكفر لا ينافى ذلك. (عناية)

(٨) قوله: "ومن حرم على نفسه" مثل أن يقول: حرمت على نفسى ثوبى هذا، أو طعامى هذا. (عناية)

(٩) أى لعينه.

(١٠) أى يعامل معاملة المباح.

(١١) قوله: "أن اللفظ ينبئ عن إثبات الحرمة" فأما أن يثبت به حرمة لعينها، وهو غير جائز؛ لأنه قلب المشروع، كما ذكرتم، أو لغيرها بإثبات موجب اليمين، وفيه إعمال اللفظ، والمصير إلى إعمال اللفظ عند

بثبوت الحرمة لغيره بإثبات موجَب اليمين، فيُصار إليه.

ثم إذا فعل ممّا حرّمه قليلا، أو كثيرًا حنث، ووجبت الكفارة، وهو المعنِيّ من الاستباحة المذكورة؛ لأن التحريم إذا ثبت تناول كلّ جزءٍ منه[1].

ولو قال: كلُّ حلّ عليَّ حرامٌ، فهو على الطعام والشراب إلا أن ينوى غير ذلك، والقياس أن يحنث[2]، كما فرغ؛ لأنه باشر فعلا مباحًا، وهو التنفس ونحوه، وهذا قول زفر.

وجه الاستحسان: أن المقصود[3] -هو البر- لا يتحصل مع اعتبار العموم[4]، وإذا سقط اعتباره ينصرف إلى الطعام والشراب للعرف، فإنه يستعمل فيما يتناول عادة، ولا يتناول[5] المرأة إلا بالنية لإسقاط اعتبار العموم، وإذا نواها كان إيلاء[6]، ولا تصرف اليمين عن المأكول والمشروب[7]، وهذا كله جواب ظاهر الرواية.

ومشايخنا[8] قالوا: يقع به[9] الطلاق عن غير نية؛ لغلبة الاستعمال،

الإمكان واجب، فيصار إليه. (ع)

(١٢) اللفظ.

(١) أي مما حرمه. (عيني)

(٢) قوله: "أن يحنث كما فرغ [من اليمين. عيني]" لأن قوله: هذا في قوة أن يقال: والله لا أفعل فعلا حلالا، وقد فعل فعلا حلالا، وهو التنفس، وفتح العينين، فيحنث. (عناية)

(٣) من اليمين.

(٤) قوله: "لا يتحصل مع اعتبار العموم" لامتناع أن لا يتنفس، ولا يفتح العينين، فيعلم بدلالة الحال عدم إرادة العموم، فيصار إلى أخص الخصوص، وهو الطعام والشراب للعرف، فإن العادة جارية باستعماله في المتناولات. (ع)

(٥) أي إذا لم يكن العموم مرادًا لا يتناول إلخ.

(٦) قوله: "كان إيلاء" لما بيّنا أن هذا الكلام يمين، فيكون معناه والله لا أقربك، وهو من صورة الإيلاء. (عناية)

(٧) حتى إذا أكل، أوشرب حنث. (عيني)

(٨) قوله: "مشايخنا" أرادبهم مشايخ بلخ كأبي بكرالإسكاف، وأبي بكربن أبي سعيد، والفقيه أبي جعفر. (ع)

(٩) أي بقوله: كل حل علي حرام.

وعليه الفتوى، وكذا ينبغى[١] فى قوله: حلال بر وى حرام.

واختلفوا فى قوله: هر چه بر دست راست گيرم بروى حرام أنه هل تشترط النية[٢]، والأظهر أنه يجعل طلاقًا من غير نية للعرف.

ومن نذر[٣] نذرًا مطلقًا[٤]، فعليه الوفاء؛ لقوله عليه السّلام: «من نذر وسمّى فعليه الوفاء بما سمى[٥]»*.

وإن علق النذر بشرطٍ[٦]، فوجد الشرط، فعليه الوفاء[٧] بنفس النذر؛ لإطلاق الحديث[٨]، ولأن المعلّق بشرطٍ كالمنجز عنده[٩]. وعن أبى حنيفة أنه رجع عنه[١٠]، وقال: إذا قال: إن فعلتُ كذا فَعَلَيَّ حجة، أو صوم سنة، أو صدقة مالٍ أملكه أجزأه من ذلك كفارة يمين، وهو قول محمد، ويخرج عن العهدة[١١] بالوفاء بما سمى أيضًا. وهذا إذا كان[١٢]

---

(١) أى أن يقع الطلاق.

(٢) أى فى وقوع الطلاق.

(٣) مثل أن يقول: لله على أن أصوم سنة.

(٤) أى لم يعلقه بشىء. (عناية)

(٥) قوله: "من نذر إلخ" هذا حديث غريب، وأخرج البخارى ومسلم عن ابن عمر رضى الله عنه قال: يا رسول الله! إنى نذرت فى الجاهلية أن أعتكف ليلة فى المسجد الحرام، قال: «فأوف بنذرك». (عينى)

* راجع نصب الراية ج٣ ص٣٠٠، والدراية ج٢، الحديث ٦٣٢ ص٩٢. (نعيم)

(٦) قوله: "بشرط" سواء كان شرطًا أراد كونه، أو لم يرد. (عناية)

(٧) ولا ينفعه كفارة اليمين. (عناية)

(٨) قوله: "لإطلاق الحديث" فإنه لم يفصل بين كون النذر مطلقًا، أو معلقًا بشرط. (عناية)

(٩) قوله: "كالمنجز عنده" ولو نجز النذر عند وجود الشرط لم تجزه الكفارة، فكذا ههنا. (عناية)

(١٠) قوله: "أنه رجع عنه" أى عن تعيين الوفاء بنفس النذر إلى القول بالتخيير بين كفارة اليمين، وبين الوفاء بذلك. (عناية)

(١١) أى عن عهدة اليمين.

(١٢) أى إذا كان النذر معلقًا بشرط لا يريد إلخ.

شرطًا لا يريد[١] كونه؛ لأن فيه معنى اليمين، وهو المنع، وهو بظاهره نذر، فيتخير[٢] ويميل إلى أى الجهتين[٣] شاء، بخلاف[٤] ما إذا كان شرطًا يريد كونه كقوله: إن شفى الله مريضى[٥]؛ لانعدام معنى اليمين فيه[٦]، وهو المنع، وهذا التفصيل[٧] هو الصحيح.

قال[٨]: ومن حلف على يمين[٩]، وقال: إن شاء الله متصلا بيمينه، فلا حنث عليه؛ لقوله عليه السّلام: «من حلف على يمين[١٠] وقال إن شاء الله فقد بر فى يمينه[١١]»* إلا[١٢] أنه لا بد من الاتصال؛ لأنه[١٣] بعد الفراغ[١٤] رجوع، ولا رجوع فى اليمين.

---

(١) مثل إن شربت الخمر.

(٢) بين أداء الكفارة والوفاء بما سمى.

(٣) أى اليمين والنذر.

(٤) أى بخلاف ما إذا علق بشرط يريد إلخ.

(٥) فهو نذر.

(٦) أى دراية لكنه خلاف ظاهر الرواية.

(٧) قوله: "وهذا التفصيل" أى الذى ذكرنا بين شرط لا يريد كونه، وبين شرط يريد كونه. (عناية)

(٨) أى القدورى. (عينى)

(٩) أى على مقسم عليه من فعل أو ترك. (ع)

(١٠) قوله: "ومن حلف إلخ" هذا الحديث بهذا اللفظ غريب، وبمعناه أحاديث: منها ما أخرجه النسائى عن ابن عمر قال: من حلف فاستثنى فإن شاء مضى، وإن شاء ترك من غير حنث. (عينى)

(١١) قوله: "فقد بر فى يمينه" معناه لا يحنث أبدًا؛ لعدم انعقاد اليمين. (عناية)

* راجع نصب الراية ج٣ ص٣٠١، والدراية ج٢، الحديث ٦٣٣ ص٩٢. (نعيم)

(١٢) استثناء من قوله: فلا حنث عليه. (عينى)

(١٣) أى اتصال الاستثناء باليمين.

(١٤) عن اليمين.

باب اليمين فى الدخول والسكنى[1]

ومن حلف لا يدخل بيتًا، فدخل الكعبة، أو المسجد، أو البيعة[2]، أو الكنيسة[3] لم يحنث؛ لأن البيت ما أعد[4] للبيتوتة، وهذا البقاع ما بنيت لها، وكذا[5] إذا دخل دهليزًا، أو ظلة باب الدار[6]؛ لما ذكرنا[7]. والظلة ما تكون على السكة، وقيل: إذا كان الدهليز بحيث لو أغلق الباب يبقى داخلا، وهو مسقف يحنث؛ لأنه يبات فيه عادةً. وإن دخل صفة حنث[8]؛ لأنه يُبنى للبيتوتة فيه فى بعض الأوقات، فصار كالشتوى والصيفى[9]، وقيل: هذا[10] إذا كانت الصفة ذات حوائط أربعة، وهكذا كانت صفافهم[11]، وقيل: الجواب[12] مجرى على إطلاقه[13]، وهو

(١) قوله: "باب اليمين فى الدخول والسكنى" لما كان انعقاد اليمين على فعل شيء، أو تركه لم يكن بد من ذكر أنواع الأفعال الواردة فى اليمين، فذكرها فى أبواب. وقدم الدخول والسكنى على غيرهما من الأكل والشرب ونحوهما؛ لأن أول ما يحتاج إليه الإنسان الذى يتحقق منه اليمين بعد وجوده مسكن يدخل فيه ويسكنه، ثم يتوارد عليه سائر الأفعال من الأكل والشرب وغيرهما. (عناية)

(٢) معبد النصارى.

(٣) معبد اليهود.

(٤) أى عرفًا.

(٥) أى لا يحنث.

(٦) قوله: "أو ظلة باب الدار" الظلة ما أظل فوق الباب خارج الدار، وأوضح ذلك صاحب الحصير، فقال: الظلة هى التى أحد طرفى جذعهما على هذه الدار، وطرفها الآخر على حائط الجار المقابل.
وفى "الذخيرة": أراد بالظلة الساباط الذى يكون على باب الدار، قال صاحب "المغرب": قول الفقهاء: ظلة الدار يريدون بها السترة التى فوق الباب. (عينى)

(٧) من أن البيت ما أعد للبيتوتة. (عينى)

(٨) أى فى يمينه لا يدخل بيتًا. (عينى)

(٩) قوله: "فصار كالشتوى والصيفى" الشتوى: هوالذى يبنى لأن يبات فيه فى الشتاء، والصيفى: هو الذى يبنى؛لأن يبات فيه فى الصيف، فالشتوى له جدران أربعة فى أحد منها باب، والصيفى له ثلاثة جدران ليس إلا هو، وهو الصفة. (عينى)

(١٠) أى الحنث بدخول الصفة فى يمينه لا يدخل بيتا. (عينى)

(١١) قوله: "كانت صفافهم" أى صفاف أهل الكوفة فحينئذ لا يكون فرق بين البيت والصفة فيحنث؛

الصحيح[١]. ومَن حلف لا يدخل داراً، فدخل داراً خربة، لم يحنث، ولو حلف لا يدخل هذه الدار، فدخلها بعد ما انهدمت، وصارت صحراء حنث؛ لأن الدار اسم للعرصة[٢] عند العرب والعجم، يقال: دار عامرة، ودار غامرة[٣]، وقد شهدت أشعارُ العرب بذلك، فالبناء وصفٌ فيها، غير أن الوصف في الحاضر لغو، وفي الغائب معتبر[٤].

ولو حلف لا يدخل هذه الدار، فخربت ثم بنيت أخرى، فدخلها يحنث؛ لما ذكرنا أنّ الاسم باقٍ[٥] بعد الانهدام، وإن جُعلت مسجداً، أو حماماً، أو بستاناً، أو بيتاً، فدخله لم يحنث؛ لأنه لم يبقَ داراً؛ لاعتراض[٦] اسمٍ آخر عليه، وكذا إذا دخله بعد انهدام الحمام وأشباهه[٧]؛ لأنه لا يعود اسم الدارية. وإن حلف لا يدخل هذا البيت، فدخله بعد ما انهدم، وصار صحراء لم يحنث؛ لزوال اسم البيت؛ لأنه لا يبات فيه حتى لو بقيت الحيطان، وسقط السقف، يحنث[٨]؛ لأنه يبات فيه، والسقف

لأنه يبات فيها، وفي عرفنا: الصفة ذات حوائط ثلاثة، فلا يكون بيتًا، فلا يحنث. (عيني)

(١٢) أي الحنث.

(١٣) أي سواء كانت ذات حوائط أربعة أوثلاثة. (عناية)

(١) قوله: "وهو الصحيح" دون الحمل على عرفهم؛ لأن البيت اسم لمبنى مسقف مدخله من جانب واحد بني للبيتوتة، وهذا المعنى موجود في الصفة إلا أن مدخلها أوسع، فيتناولها اسم البيت، فيحنث. (عناية)

(٢) قوله: "اسم للعرصة" قال ابن أثير: العرصة كل موضع واسع لا بناء فيه. (عيني)

(٣) خلاف العامرة.

(٤) قوله: "وفي الغائب معتبر" لما ذكر في الأصول أن المحلوف عليه لا بد وأن يكون معلومًا، فإذا كانت مشاراً إليها، كان المحلوف عليه معلومًا، فلا حاجة إلى المعرف، بخلاف المنكر، فإنه لا معرف له سوى الوصف، فيكون معتبرًا. (ع)

(٥) وإنما تبدل الوصف، وذلك لا يعتبر في الحاضر. (عيني)

(٦) قوله: "لاعتراض اسم آخر إلخ" ولما تبدل اسمها كان ذلك بمنزلة تبدل العين. (عيني)

(٧) أي المسجد والبستان.

(٨) قوله: "يحنث" لبقاء الاسم، قال الله تعالى: ﴿فتلك بيوتهم خاوية﴾ في بيوت منهدمة السقوف. (ع)

وصفٌ فيه، وكذا إذا بنى بيتًا آخر، فدخله لم يحنث؛ لأن الاسم[١] لم يبقَ بعد الانهدام[٢]. قال[٣]: ومن حلف لا يدخل هذه الدار، فوقف على سطحها[٤] حنث؛ لأن السطح من الدار[٥]، ألا ترى أن المعتكف لا يفسد اعتكافه بالخروج إلى سطح المسجد، وقيل: فى عرفنا لا يحنث[٦].

قال[٧]: وإذا دخل دهليزها[٨] يحنث، ويجب أن يكون على التفصيل الذى تقدم[٩]، وإن وقف فى طاق الباب بحيث إذا أغلق الباب، كان خارجًا لم يحنث؛ لأن الباب لإحراز الدار، وما فيها فلم يكن الخارج[١٠] من الدار. قال[١١]: ومَن حلف لا يدخل هذه الدار، و هو[١٢] فيها لم يحنث بالقعود، حتى يخرج، ثم يدخل استحسانًا. والقياس أن يحنث؛ لأن الدوام له حكم الابتداء[١٣]، وجه الاستحسان أن الدخول[١٤] لا دوام له؛

---

(١) البيت.

(٢) قوله: "لم يبق بعد الانهدام" وأنه صار بيتًا بسبب حادث، واختلاف السبب يوجب اختلاف العين، فلا يكون داخلا فى البيت المحلوف عليه، فلا يحنث، كذا فى الشروح. (عناية)

(٣) أى القدورى. (عينى)

(٤) لا بالصعود إليه من خارج. (ع)

(٥) قوله: "لأن السطح من الدار" لأن الدار عبارة عما أحاط به الدائرة، وهو حاصل فى علوها وسفلها. (ع)

(٦) قوله: "لا يحنث [بالوقوف علي السطح]" قال الفقيه أبو الليث فى "النوازل": إن كان الحالف من بلاد العجم لا يحنث ما لم يدخل الدار؛ لأن الناس لا يعرفون ذلك دخولا فى الدار. (عناية)

(٧) أى القدورى. (عينى)

(٨) الدار.

(٩) قوله: "على التفصيل الذى تقدم" يعنى به قوله: إذا أغلق الباب يبقى داخلا، وهو مسقف. (عناية)

(١٠) أى خارج الدار. (عينى)

(١١) أى القدورى. (عينى)

(١٢) الواو حالية.

(١٣) قوله: "لأن الدوام إلخ" أى لأن الدوام على الفعل له حكم ابتداء الفعل، كما إذا حلف لا يلبس هذا

لأنه انفصال من الخارج إلى الداخل.

ولو حلف لا يلبس هذا الثوب، وهو[(١)] لابسه، فنزعه في الحال لم يحنث، وكذا إذا حلف لا يركب هذه الدابة، وهو[(٢)] راكبها، فنزل من ساعته لم يحنث، أو حلف لا يسكن هذه الدار، وهو[(٣)] ساكنها، فأخذ في النقلة من ساعته. وقال زفر: يحنث[(٤)] لوجود الشرط[(٥)]، وإن قلّ، ولنا أن اليمين تعقد للبر، فيستثنى منه زمانٌ تحققه.

فإن لبث على حاله ساعةً حنث؛ لأن هذه الأفاعيل[(٦)] لها دوام[(٧)] بحدوث أمثالها ألا يرى أنه يضرب لها مدةٌ يقال: ركبت يومًا، ولبست يومًا، بخلاف الدخول؛ لأنه لا يقال: دخلت يومًا بمعنى المدة والتوقيت[(٨)]، ولو نوى الابتداء الخالص[(٩)] يصدق؛ لأنه محتمل كلامه.

الثوب، وهو لابسه، أو لا يركب هذه الدابة، وهو راكبها، فدام على ذلك يحنث. (عيني)

(١٤) قوله: "أن الدخول إلخ" تقرير القول بالموجب، يعنى سلمنا أن للدوام حكم الابتداء، لكن فيما له دوام، والدخول لا دوام له؛ لأنه انفصال من الخارج إلى الداخل، وليس له دوام، وإطلاق الانتقال بدل الانفصال أولى لكونه حركة آنية تسمى نقلة. (عناية)

(١) الواو حالية.

(٢) الواو حالية.

(٣) الواو حالية.

(٤) قياسًا. (عيني)

(٥) أي شرط الحنث. (عيني)

(٦) أي اللبس والركوب والسكون.

(٧) فكان للدوام حكم الابتداء.

(٨) قوله: "بمعنى المدة والتوقيت" احتراز عما يقال في مجاري كلامهم: دخلت يومًا، وخرجت يومًا، لكن لا بمعنى المدة والتوقيت. (عناية)

(٩) قوله: "ولو نوى الابتداء الخالص" أي لا ألبس بعد النزع، ولا أركب بعد النزول يصدق، فلا يحنث؛ لأنه محتمل كلامه، سماه محتملا، وإن كان قوله: لا يركب حقيقة في الابتداء؛ لأنه حقيقة فيه إذا لم يكن راكبًا، أما إذا كان راكبًا، فالابتداء من محتملاته. (عيني)

قال[١]: ومن حلف لا يسكن هذه الدار، فخرج بنفسه، ومتاعُه وأهلُه فيها، ولم يُرد الرجوع إليها حنث؛ لأنه[٢] يعدّ ساكنًا ببقاء أهله ومتاعه فيها عرفًا، فإن السوقى عامة[٣] نهاره فى السوق، ويقول[٤]: أسكن سكّة كذا، والبيت والمحلة بمنزلة الدار[٥]. ولو كان اليمين على المصر[٦] لا يتوقف البر[٧] على نقل المتاع والأهل فيما روى عن أبى يوسف؛ لأنه لا يعد ساكنًا فى الذى انتقل عنه عرفًا[٨]، بخلاف الأول، والقريةُ بمنزلة المصر[٩] فى الصحيح من الجواب. ثم قال أبو حنيفة: لا بد[١٠] من نقل[١١] كل المتاع حتى لو بقى وتدٌ[١٢] يحنث؛ لأن السكنى قد ثبت بالكل[١٣]، فيبقى ما بقى شىء منه[١٤].

---

(١) أى القدورى. (عينى)

(٢) الحالف.

(٣) الأكثر.

(٤) قوله: "ويقول إلخ" فهذا يدل على أنه يعد ساكنًا من أهله، ومتاعه فيها. (عينى)

(٥) قوله: "بمنزلة الدار" أراد أن اليمين بقوله: لا أسكن هذا البيت، ولا أسكن هذه المحلة مثل اليمين بقوله: لا أسكن هذه الدار. (عينى)

(٦) بأن حلف لا يسكن فى هذا المصر.

(٧) قوله: "لا يتوقف إلخ" بمعنى أنه إذا انتقل إلى مصر آخر بنفسه، ولم ينقل الأهل والمتاع لا يحنث فى يمينه. (عينى)

(٨) قوله: "لأنه يعد ساكنًا فى الذى انتقل عنه عرفًا" وإن لم ينقل الأهل والمتاع، بخلاف الأول، وهو قوله: لا أسكن هذه الدار، أو لا أسكن هذه السكة، أو المحلة، كما ذكر. (عينى)

(٩) قوله: "والقرية بمنزلة المصر" يعنى إذا قال: لا أسكن هذه القرية، فحكمه حكم من قال: لا أسكن هذا المصر، فى الصحيح من الجواب، احترز به عن قول بعض مشايخنا: إن القرية كالدار. (عينى)

(١٠) أى للبر.

(١١) من الدار.

(١٢) ميخ.

(١٣) أى بكل المتاع.

(١٤) المتاع.

وقال أبو يوسف: يعتبر[١] نقل الأكثر؛ لأن نقل الكل قد يتعذر، وقال محمد: يعتبر نقل ما يقوم به كَدْخدائيته[٢]؛ لأن ما وراء ذلك[٣] ليس من السكنى، قالوا: هذا أحسن وأرفق بالناس. وينبغي أن ينتقل إلى منزل آخر بلا تأخير حتى يبرّ، فإن انتقل إلى السكة، أو إلى المسجد، قالوا: لا يبرّ، دليله في "الزيادات" أن من خَرَج بعياله من مصره، فما لم يتخذ وطنًا آخر يبقى وطنُه الأول في حق الصلاة[٤]، كذا هذا[٥]، والله تعالى أعلم بالصواب.

باب اليمين في الخروج، والإتيان والركوب، وغير ذلك[٦]

قال[٧]: ومَنْ حلف لا يخرج من المسجد، فأمر إنسانًا، فحمله فأخرجه، حنث؛ لأن فعل المأمور مضاف إلى الآمر، فصار كما إذا ركب دابةً فخرجت[٨]، ولو أخرجه مكرهًا[٩] لم يحنث؛ لأن الفعل لم ينتقل إليه؛ لعدم الأمر، ولو حمله برضاه لا بأمره لا يحنث في الصحيح[١٠]؛

(١) وعليه الفتوى، كذا في "الكافي". (عيني)

(٢) أي خانه داري.

(٣) أي ما وراء الكدخدائية.

(٤) أي في حق قصر الصلاة.

(٥) قوله: "كذا هذا" يعني كذا حكم هذا الرجل الذي حلف لا يسكن هذه الدار، أنه إذا انتقل إلى السكة، أو إلى المسجد لا يبر في يمينه؛ لأنه لما لم يتخذ وطنًا آخر بقي وطنه الأول. (عيني)

(٦) قوله: "باب اليمين إلخ" ذكر الخروج ههنا ظاهر التناسب؛ لأن له مناسبة المضادة بالدخول، وأما الإتيان والركوب فما يتحقق بعد الخروج، فاستصحبهما ذكر الخروج. (عناية)

(٧) أي محمد في "الجامع الصغير". (عيني)

(٨) قوله: "فخرجت" أي فخرجت الدابة، فإن خروج الدابة ينسب إليه، والدابة آلته. (عيني)

(٩) أي يحمله إنسان، فيخرجه مكرهًا. (عناية)

(١٠) قوله: "في الصحيح" احتراز عن قول بعض المشايخ، فإنهم قالوا: إنه يحنث؛ لما أنه كان متمكنًا من

لأن الانتقال بالأمر، لا بمجرد الرضاء.

قال[١]: ولو حلف لا يخرج من داره إلا إلى جنازة، فخرج إليها[٢]، ثم أتى حاجةً أخرى لم يحنث؛ لأن الموجود خروج مستثنى، والمضيّ بعد ذلك[٣] ليس بخروج[٤]. ولو حلف لا يخرج إلى مكة، فخرج يريدها، ثم رجع حنث؛ لوجود الخروج على قصد مكة، وهو الشرط؛ إذ الخُروج هو الانفصال من الداخل إلى الخارج. ولو حلف لا يأتيها لم يحنث، حتى يدخلها؛ لأنه[٥] عبارة عن الوصول، قال الله تعالى: ﴿فأتِيا[٦] فرعون فقُولا له﴾، ولو حلف لا يذهب إليها، قيل: هو كالإتيان[٧]، وقيل[٨]: كالخروج، وهو الأصح؛ لأنه عبارة عن الزوال.

قال[٩]: وإن حلف ليأتين البصرة، فلم يأتِها حتى مات، حنث في آخر جزءٍ من أجزاء حياته؛ لأن البرّ قبل ذلك[١٠] مرجوّ. ولو حلف ليأتينه غداً إن استطاع، فهذا على استطاعة الصحة دون القدرة[١١]، وفسّره[١٢]

الامتناع، فلم يمتنع صار كالآمر بالإخراج.

(١) أى محمد فى "الجامع الصغير". (عينى)

(٢) أى إلى الجنازة.

(٣) أى بعد الخروج.

(٤) قوله: "ليس بخروج" يعنى أن الخروج عبارة عن الانتقال من الداخل إلى الخارج، ولم يوجد. (ع)

(٥) الإتيان.

(٦) يا موسى وهارون.

(٧) قوله: "قيل [القائل: نصر بن يحيى] هو كالإتيان" أى حكمه حكم ما لو قال: لا يأتيها، وقيل: كالخروج، أى حكمه حكم ما لو قال: لا يخرج إلى مكة. (عينى)

(٨) القائل: محمد بن سلمة.

(٩) أى القدورى. (عينى)

(١٠) أى قبل آخر جزء.

(١١) قوله: "دون القدرة" اعلم أن الاستطاعة تطلق على معنيين: أحدهما: صحة الأسباب والآلات،

في "الجامع الصغير"، وقال: إذا لم يمرض، ولم يمنعه السلطان، ولم يجئ أمرٌ لا يقدر على إتيانه، فلم يأت حنث، وإن عنى استطاعة القضاء[1] دين فيما بينه، وبين الله تعالى. وهذا لأن حقية الاستطاعة فيما يقارن الفعلَ، ويطلق الاسم[2] على سلامة الآلات، وصحة الأسباب في المتعارف، فعند الإطلاق ينصرف إليه[3]، ويصح نية الأول ديانةً؛ لأنه نوى[4] حقيقة كلامه، ثم قيل: يصح قضاءً أيضًا؛ لما بينا[5]، وقيل: لا يصح؛ لأنه خلاف الظاهر[6]. قال[7]: ومن حَلف لا تخرج امرأته إلا بإذنه، فأذن لها مرة، فخرجت، ثم خرجت مرة أخرى بغير إذنه حنث[8]، ولا بد من الإذن في كل خروج؛ لأن المستثنى خروج مقرون بالإذن[9]، وما وراءه داخل في الحظر العام، ولو نوى الإذن مرةً يصدق ديانةً، لا قضاء؛ لأنه محتمل كلامه، لكنه خلاف الظاهر[10].

والثاني: القدرة الحقيقية وهو نوع على حدة يترتب عليه الفعل عند إرادة جازمة يخلقه الله تعالى عند الفعل، لا قبله عندنا. (عناية)

(١٢) محمد. (عيني)

(١) قوله: "استطاعة القضاء" أي القدرة التي تقارن الفعل، وسميت استطاعة القضاء؛ لأن الفعل يوجد بإيجاد الله تعالى، وقضاءه وقدرته، فإذا قضى بوجود الفعل أوجد قدرة العبد مع ذلك الفعل، وإذا لم يوجد ذلك الفعل لم يوجد القدرة؛ لأنها خلقت لأجل ذلك الفعل. (عيني)

(٢) أي اسم الاستطاعة.

(٣) أي إلى المتعارف.

(٤) أي أراد.

(٥) من أنه حقيقة كلامه. (عيني)

(٦) قوله: "لأنه خلاف الظاهر" لما بينا أن الأول هو المتعارف، وفيه تخفيف على نفسه. (عناية)

(٧) أي القدوري. (عيني)

(٨) فيقع الطلاق.

(٩) لأن الباء للإلصاق، فيقتضي ملصقًا، وملصقًا به.

(١٠) قوله: "لكنه خلاف الظاهر" لكونه مخالفًا لمقتضى الباء. (عناية)

ولو قال: إلا أن آذن لكِ فأذن لها مرة واحدة، فخرجت، ثم خرجت بعدها بغير إذنه لم يحنث؛ لأن هذه[١] كلمة غاية[٢]، فينتهي اليمين به[٣]، كما إذا قال: حتى آذن لك[٤].

ولو أرادت المرأة الخروج، فقال: إن خرجت فأنت طالق، فجسلت ثم خرجت، لم يحنث، وكذلك إن أراد رجل ضَرْب عبده، فقال له آخر: إن ضربتَه فعبدى حر، فتركه ثم ضربه[٥]، وهذه[٦] تسمى يمين فورٍ[٧]. وتفرد أبو حنيفة بإظهاره[٨]، ووجهه أن مراد المتكلم الردّ عن تلك الضربة[٩]، والخرجة عرفًا، ومبنى الأيمان عليه[١٠]. ولو قال له رجلٌ: اجلس فتغدّ عندي، فقال: إن تغدّيت فعبدى حرّ، فخرج فرجع إلى منزله، وتغدّى لم يحنث[١١]؛ لأن كلامه خرج مخرج الجواب، فينطبق على السؤال، فينصرف إلى الغداء المدعو إليه، بخلاف ما إذا قال[١٢]: إن

(١) أى قوله: إلا أن آذن لكِ.

(٢) قوله: "كلمة غاية" أى تفيد الغاية؛ لأن إلا أن ليس موضوعًا لها، بل للاستثناء، وتعذر حمله عليه؛ لأن صدر الكلام ليس من جنس الإذن، حتى يستثنى الإذن منه، فيجعل مجازاً عن حتى لمناسبة بينهما، وهو أن حكم ما قبل الغاية، يخالف ما بعدها، كما أن حكم ما قبل الاستثناء يخالف حكم ما بعدها. (عناية)

(٣) أى بإذنه.

(٤) فينتهي اليمين بالإذن مرة.

(٥) لم يحنث.

(٦) أى هذه اليمين.

(٧) قوله: "يمين فور" وهو فى الأصل مصدر فارت القدر إذا غلت، فاستعير للسرعة، ثم سميت به الحالة التى لا ريث فيها ولا لبث، فقيل: جاء فلان، وخرج من فوره أى من ساعته. (عناية)

(٨) قوله: "بإظهاره" أى باستنباطه، وكان الناس قبل الإمام يعلمون اليمين نوعين: مؤبدة وموقتةً لفظًا، ثم استنبط أبو حنيفة هذا النوع الثالث، وهو المؤبّد لفظًا، الموقت معنى. (عناية)

(٩) أى التى كان التهيؤ لها.

(١٠) العرف.

(١١) ولا يعتق عبده.

(١٢) فى الجواب.

تغديت اليوم[١]؛ لأنه زاد على حرف الجواب[٢]، فيجعل مبتدئًا.

ومن حلف لا يركب دابّة فلان، فركب دابة عبدٍ مأذون له مديونٍ، أو غير مديونٍ لم يحنث[٣] عند أبى حنيفة إلا أنه إذا كان عليه دين مستغرق، لا يحنث، وإن نوى؛ لأنه لا ملك للمولى فيه[٤] عنده، وإن كان الدين غير مستغرق، أو لم يكن عليه دين لا يحنث ما لم ينوه[٥]؛ لأن الملك فيه[٦] للمولى لكنه يضاف إلى العبد عرفًا، [٧] وكذا شرعًا قال عليه السّلام: «من باع عبدًا وله مال فهو[٨] للبائع»* الحديث[٩]، فتختل الإضافة إلى المولى، فلا بد من النية. وقال أبو يوسف: فى الوجوه كلها[١٠] يحنث، إذا نواه لاختلال الإضافة[١١]، وقال محمد: يحنث[١٢]، و إن[١٣] لم ينوِ لاعتبار

(١) فتغدى فى ذلك اليوم حنث.

(٢) قوله: "لأنه زاد على حرف الجواب" فينصرف كلامه إلى الغداء المدعو إليه، فلا يتقيد يمينه بذلك، فيجعل مبتدئًا فى الكلام محترزًا عن إلغاء الزيادة التى تكلم فيها. (عينى)

(٣) قوله: "لم يحنث" هذا إذا لم ينو، فأما إذا نوى ركوب دابة العبد، فيحنث إلا أنه إذا كان إلخ. (عناية)

(٤) قوله: "لا ملك المولى فيه" أى فيما يملكه العبد المديون عنده أى عند أبى حنيفة حتّى لو أعتق عبد عبده لا يعتق. (عناية)

(٥) وإذا نوى حنث. (عينى)

(٦) أى فى ما يملكه العبد.

(٧) قوله: "عرفا" حيث يقال: دابة عبد فلان، ولا يقال: دابة فلان. (عناية)

(٨) أى ماله.

* راجع نصب الراية ج٣ ص٤٠٣، والدراية ج٢، الحديث ٦٣٤ ص٩٣. (نعيم)

(٩) رواه الأئمة الستة كلهم عن ابن عمر. (عينى)

(١٠) قوله: "فى الوجوه كلها" وهى ما إذا لم يكن عليه دين، أو كان عليه دين غير مستغرق، أو دين مستغرق. (ع)

(١١) قوله: "لاختلال الإضافة" يعنى أن دين العبد، وإن كان لا يمنع وقوع الملك للمولى عنده إلا أنه أولا يضاف إلى العبد، فيختل الإضافة إلى المولى، فلا يدخل تحت مطلق الإضافة إلا بالنية. (عناية)

(١٢) فى الوجوه كلها. (عناية)

حقيقة الملك[١]؛ إذ الدين لا يمنع وقوعه[٢] للسيد عندهما.

باب اليمين فى الأكل والشرب[٣]

قال[٤]: ومن حلف لا يأكل من هذه النخلة، فهو على ثمرها[٥]؛ لأنه أضاف اليمين إلى ما لا يؤكل[٦]، فينصرف[٧] إلى ما يخرج منه، وهو الثمر؛ لأنه سبب له[٨]، فيصلح[٩] مجازًا عنه[١٠]، لكن الشرط أن لا يتغير بصنعة جديدة[١١]، حتى لا يحنث بالنبيذ[١٢] والخل[١٣] والدبس المطبوخ[١٤]. وإن حلف[١٥] لا يأكل من هذا البسر[١٦]، فصار رطبًا[١٧]

---

(١٣) الواو وصلية.

(١) يعنى للمولى. (عينى)

(٢) أى وقوع الملك.

(٣) قوله: "باب اليمين فى الأكل والشرب" قد ذكرنا أن أول ما يحتاج إليه الإنسان المسكن، ثم الأكل والشرب، وهذا الباب لبيان اليمين عليهما. (عناية)

(٤) أى القدورى. (عينى)

(٥) قوله: "فهو على ثمرها" يعنى إذا كانت لها ثمرة، وأما إذا لم تكن، فاليمين تقع على ثمنها. (عناية)

(٦) أى النخلة.

(٧) لأن الحقيقة إذا تعذر، يصار إلى المجاز. (عناية)

(٨) الثمر.

(٩) بإطلاق السبب، وإرادة المسبب.

(١٠) الثمر.

(١١) قوله: "أن لا يتغير إلخ" لأن ما يصنع من ذلك الثمر ليس بثمر. (ع)

(١٢) الذى يعمل من ثمر النخلة. (عينى)

(١٣) الذى يفعل منه. (عينى)

(١٤) قوله: "والدبس المطبوخ" إنما قيد الدبس بالمطبوخ؛ احترازًا عما إذا أطلق الدبس على ما يسيل من الرطب وغيره، ذكره فى "الذخيرة" وفى "المجمل" الدبس عصارة الرطب. (عينى)

(١٥) قوله: "وإن حلف إلخ" كلامه يشير إلى قاعدة، وهى أن اليمين إذا انعقدت على عين بوصف يدعو ذلك الوصف إلى اليمين يتقيد اليمين ببقاء ذلك الوصف، فينزل منزلة الاسم، فلذلك لا يحنث. (ع)

فأكلــه، لم يحنث، وكـذا إذا حلف لا يأكل من هذا الرطب، ومن هذا اللبن، فصـار تمرًا[١]، أو صـار اللبن شيـرازًا[٢]، لم يحنث؛ لأن صفـة البسورة والرطوبة داعية إلى اليمين[٣]، وكذا كونه لبنًا، فيتقيد[٤] به[٥]، ولأن اللبن مأكول، فلا ينصرف اليمين إلى ما يتخذ منه. بخلاف ما إذا حلف[٦] لا يتكلم هذا الصبى، أو هذا الشاب، فكلمه بعد ما شاخ؛ لأن هجران المسلم بمنع الكلام منهى عنه، فلا يعتبر الداعى داعيًا فى الشرع.

ولو حلف لا يأكل لحم هذا الحَمل[٧]، فأكل بعد ما صار كبشًا حنث[٨]؛ لأن صفة الصغر فى هذا ليست بداعية إلى اليمين، فإن الممتنع عنه[٩] أكثر امتناعًا عن لحم الكبش.

---

(١٦) خرمائے نيم رس. (ترجمہ)

(١٧) پخته تر.

(١) خرمائے خشک.

(٢) قوله: "شيرازًا" وهو اللبن يجعل فى خرقة، ويعقد رأسها، ويعلق على وتد، ويتقاطر منه الماء الذى فيه جميعه، ويصير كالفالوذج. (عينى)

(٣) فلا ينصرف إلى غير ما سمى.

(٤) اليمين.

(٥) اللبن.

(٦) قوله: "بخلاف إلخ" فإن قيل: فعلى هذا إذا حلف لا يتكلم هذا الصبى، أو هذا الشاب، فكلمه بعد ما شاخ، ينبغى أن لا يحنث؛ لأن الصباء مظنة السفه، والشباب شعبة من الجنون، فكانا وصفين داعيين إلى اليمين، وقد زالا عند الشيخوخة، فكان الواجب أن لا يحنث. أجاب بقوله "بخلاف إلخ، ووجهه أن القاعدة المذكورة تقتضى ذلك لكن الشرع أسقط اعتبارها؛ لأنه نهى عن هجران المسلم بمنع الكلام، قال صلى الله عليه وعلى آله وسلم: «من لم يرحم صغيرنا ولم يوقر كبيرنا» الحديث، والمهجور شرعًا كالمهجور عادة، فانعقدت اليمين على الذات، وهى موجودة حالة الشيخوخة، فيحنث فى يمينه. (عناية)

(٧) وهو ولد الضأنة فى السنة الأولى. (عينى)

(٨) فلا يتقيد اليمين بلحم الحمل.

(٩) أى عن الحمل. (عينى)

قال(١): ومن حَلَفَ لا يأكل بسرًا، فأكل رطبًا لم يحنث؛ لأنه ليس ببسرٍ، ومن حَلَفَ لا يأكل رطبًا، أو بسرًا، أو حلف لا يأكل رطبًا، ولا بسرًا، فأكل مذنبًا حنث عند أبى حنيفة. وقالا: لا يحنث فى الرطب يعنى بالبسر المذنب، ولا فى البسر بالرطب المذنب؛ لأن الرطب المذنب يسمى رطبًا، والبسر المذنب يسمى بسرًا، فصار كما إذا كان اليمين على الشراء. وله أن الرطب المذنب ما يكون فى ذنبه قليل بسر، والبسر المذنب على عكسه، فيكون آكله آكل البسر والرطب، وكل واحد مقصود فى الأكل، بخلاف الشراء؛ لأنه يصادف الجملة، فيتبع القليلُ فيه الكثير.

ولو حلف لا يشترى رطبًا، فاشترى كِبَاسَةَ(٢) بسرٍ فيها رطب لا يحنث؛ لأن الشراء(٣) يصادف الجملة، والمغلوب تابع، ولو كانت اليمين(٤) على الأكل يحنث؛ لأن الأكل يصادفه(٥) شيئًا فشيئًا، فكان كل منهما(٦) مقصودًا، وصار كما إذا حلف لا يشترى شعيرًا، أو لا يأكله، فاشترى حنطة فيها حَبَّات شعير، وأكلها يحنث فى الأكل دون الشراء؛ لما قلنا(٧). قال(٨): ولو حَلَفَ لا يأكل لحمًا، فأكل لحم السّمك لا يحنث، والقياس أن يحنث؛ لأنه(٩) يسمى لحمًا فى القرآن(١٠)، وجه الاستحسان أن

(١) أى القدورى. (عينى)

(٢) خوشه. (ترجمه)

(٣) أى شراء الكباسة.

(٤) قوله: "ولو كانت اليمين إلخ" بأن حلف لا يأكل رطبًا، فأكله من كباسة بسر فيها رطب يحنث. (عينى)

(٥) الرطب.

(٦) أى من الرطب والبسر.

(٧) قوله: "لما قلنا" وهو أن الشراء يصادف الجملة، والأكل يصادفه شيئًا فشيئًا. (عينى)

(٨) أى محمد فى "الجامع الصغير". (عينى)

(٩) أى لأن لحم السمك.

التسمية مجازية[١]؛ لأن اللحم منشأه من الدم، ولا دم فيه[٢]؛ لسكونه فى الماء. وإن أكل لحم خنزير، أو لحم إنسان يحنث؛ لأنه لحم حقيقى إلا أنه حرام، واليمين قد يعقد للمنع من الحرام. وكذا إذا أكل كبدًا، أو كرشًا؛ لأنه[٣] لحم حقيقة، فإن نُموّه من الدم، ويستعمل استعمال اللحم، وقيل: فى عرفنا لا يحنث؛ لأنه لا يعدّ لحمًا. قال[٤]: ولو حلف لا يأكل، أو لا يشتري شحمًا لم يحنث إلا فى شحم البطن عند أبى حنيفة.

وقالا: يحنث فى شحم الظهر[٥] أيضًا، وهو اللحم السمين[٦]؛ لوجود خاصية الشحم فيه، وهو الذوب بالنار. وله أنه[٧] لحم حقيقة، ألا ترى أنه ينشأ من الدم ويستعمل استعماله[٨]، ويحصل به قوته[٩]، ولهذا[١٠] يحنث بأكله فى اليمين على أكل اللحم، ولا يحنث ببيعه فى اليمين على بيع الشحم، وقيل: هذا[١١] بالعربية، فأما اسم پيه بالفارسية لا

---

(١٠) قوله: "يسمى لحمًا إلخ" قال الله تعالى: ﴿ومن كل تأكلون لحمًا طريًا﴾، والمراد منه لحم السمك بالفعل. (عينى)

(١) قوله: "أن التسمية [أى تسمية لحم السمك باللحم] إلخ" والأصل أن اللفظ إذا تناول أفرادًا، وفى بعضها نوع قصور لا يدخل القاصر تحته، ولحم السمك فيه قصور؛ لأن اللحم من الالتحام، والالتحام بالاشتداد، والاشتداد بالدم، والدم بالسمك ضعيف. وقال المصنف: لا دم فيه، جعله بمنزلة المعدوم؛ لكونه يسكن الماء، فكان معنى اللحمية قاصرًا فيه، فلا يدخل تحت اللفظ المطلق. (عناية)

(٢) السمك.

(٣) أى لأن كل واحد من الكبد والكرش.

(٤) أى محمد فى "الجامع الصغير". (عينى)

(٥) وهو الذى خالطه اللحم. (عينى)

(٦) أى شحم الظهر.

(٧) أى أن شحم الظهر.

(٨) اللحم.

(٩) اللحم.

(١٠) أى لكونه لحمًا.

(١١) أى هذا الاختلاف.

يقع على شحم الظهر بحال.

ولو حلف لا يشترى، أو لا يأكل لحما، أو شحمًا، فاشترى إلية، أو أكلها لم يحنث؛ لأنه[١] نوع ثالث حتى لا يستعمل استعمال اللحوم والشحوم. ومن حلف لا يأكل من هذه الحنطة[٢] لم يحنث، حتى يقضمها[٣]، ولو أكل من خبزها لم يحنث عند أبى حنيفة، وقالا: إن أكل من خبزها حنث أيضًا؛ لأنه[٤] مفهوم منه عرفًا. ولأبى حنيفة أن له[٥] حقيقة مستعملة، فإنها[٦] تغلى[٧]، وتقلى[٨]، وتؤكل قضمًا، وهى[٩] قاضية على المجاز المتعارف على ما هو الأصل عنده[١٠]، ولو قضمها حنث عندهما هو الصحيح[١١] لعموم المجاز، كما إذا حلف لا يضع[١٢] قدمه فى دار فلان[١٣]، وإليه[١٤] الإشارة بقوله: فى الخبز حنث أيضًا.

---

(١) أى لأن الإلية.

(٢) قوله: "من هذه الحنطة" إنما وضع المسألة فى الحنطة المعينة؛ لأنه إذا عقد يمينه على أكل الحنطة، لا بعينها ينبغى أن يكون الجواب على قول أبى حنيفة كالجواب عندهما. (عناية)

(٣) القضم: الأكل بأطراف الأسنان. (عينى)

(٤) لأن أكل الخبز.

(٥) أى لأكل الحنطة.

(٦) أى الحنطة.

(٧) من الغليان.

(٨) من القلى.

(٩) أى الحقيقة المستعملة حاكمة على إلخ.

(١٠) الإمام.

(١١) قوله: "هو الصحيح" احترز به عن رواية أخرى عنهما، وهى أنه إذا أكل عين الحنطة لا يحنث. (عينى)

(١٢) المراد بالوضع الدخول.

(١٣) فيحنث إذا دخلها حافيًا، أو راكبًا. (عينى)

قال[١]: ولو حلف لا يأكل من هذا الدقيق، فأكل من خبزه حنث[٢]؛ لأن عينه غير مأكول[٣]، فانصرف إلى ما يتخذ منه، ولو استفّه[٤] كما هو لا يحنث، هو الصحيح[٥]؛ لتعين المجاز مراداً.

ولو حلف لا يأكل خبزاً، فيمينه على ما يعتاد أهل المصر أكله خبزاً، وذلك خبز الحنطة والشعير؛ لأنه هو المعتاد في غالب البلدان، ولو أكل من خبز[٦] القطائف[٧] لا يحنث؛ لأنه لا يسمى خبزاً مطلقًا إلا إذا نواه؛ لأنه محتمل كلامه. وكذا إذا أكل خبز الأرز[٨] بالعراق لم يحنث؛ لأنه غير معتاد عندهم[٩] حتى لو كان[١٠] بطبرستان[١١]، أو في بلدة طعامهم ذلك[١٢] يحنث. ولو حلف لا يأكل الشواء، فهو على اللحم دون الباذنجان

(١٤) أي إلى عموم المجاز. (عيني)

(١) أي القدوري. (عيني)

(٢) بالاتفاق.

(٣) فكانت الحقيقة متعذرة. (عناية)

(٤) أي أكله من غير مضغ. (عناية)

(٥) قوله: "هو الصحيح" إنما قال: هو الصحيح؛ احترازاً عن قول بعض مشايخنا: إنه يحنث؛ لأنه أكل الدقيق حقيقة، العرف وإن اعتبر، فالحقيقة لا تسقط به، وهذا لأن عين الدقيق مأكول. والأصح أنه لا يحنث؛ لأن هذه حقيقة مهجورة، ولما انصرفت اليمين إلى ما يتخذ منه للعرف سقط اعتبار الحقيقة، كما قال لأجنبية: إن نكحتك، فعبده حر، فزنى بها، لا يحنث؛ لأن يمينه لما انصرفت إلى العقد لم يتناول حقيقة الوطئ. (عناية)

(٦) نان چار مغز وبادام.

(٧) لوزينه ونان لوزينه. (غث)

(٨) قوله: "الأرز [برنج]" بفتح همزة وضم رائے مهملة وتشديد زاى معجمة وبضمتين أيضًا. (غث)

(٩) أي عند أهل العراق.

(١٠) الحالف.

(١١) قوله: "بطبرستان" هي آمل وولايتها، وقيل: أصلها تبرستان؛ لأن أهلها يحاربون بالتبر، وهو الفأس، فعربوه إلى طبرستان. (عناية)

(١٢) أي خبز الأرز.

والجزر[١]؛ لأنه يراد به اللحم المشوى عند الإطلاق إلا أن ينوى ما يشوى من بيض، أو غيره لمكان الحقيقة، وإن حلف لا يأكل الطبيخ، فهو على ما يطبخ من اللحم، وهذا استحسانٌ اعتباراً للعرف، وهذا لأن التعميم متعذرٌ[٢]، فيصرف إلى خاص هو متعارف، وهو اللحم المطبوخ بالماء[٣] إلا إذا نوى غير ذلك[٤]؛ لأن فيه تشديداً[٥]، وإن أكل من مرقه[٦] يحنث؛ لما فيه من أجزاء اللحم[٧]، ولأنه[٨] يسمى طبيخًا.

ومن حلف لا يأكل الرؤوس، فيمينه على ما يكبس فى التنانير[٩]، ويباع فى المصر[١٠]، ويقال: يكنس[١١]. وفى "الجامع الصغير": ولو حلف لا يأكل رأسًا، فهو على رؤوس البقر والغنم عند أبى حنيفة. وقال أبو يوسف ومحمد: على الغنم خاصةً، وهذا اختلاف عصر وزمان[١٢] كان

---

(١) بالفتح والكسر: گزر. (صراح)

(٢) قوله: "متعذر" لأن الدواء السهل مطبوخ، ونحن نعلم بيقين أنه لم يرد ذلك. (عناية)

(٣) قوله: "المطبوخ بالماء" قالوا: قيد بقوله: بالماء؛ لأن القلية اليابسة لا تسمى مطبوخًا، فلا يحنث بأكلها. (عناية)

(٤) فيصدق.

(٥) أى على نفسه، وقد نوى حقيقة كلامه. (عينى)

(٦) إلى مرق اللحم المطبوخ بالماء. (عينى)

(٧) وهى ما يذوب منه. (عينى)

(٨) أى لأن مرق اللحم المطبوخ.

(٩) قوله: "على ما يكبس فى التنانير" أى يضم بالتنور يعنى يدخل فيه من كبس الرجل رأسه فى جيب قميصه إذا أدخله فيه. (عناية)

(١٠) قوله: "ويباع فى المصر [فى الأسواق. عينى]" فإن رأس الجراد رأس حقيقة، وليس بمراد، فيصرف إلى المجاز المتعارف. (عناية)

(١١) قوله: "ويقال: يكنس" بالنون بدل الباء على صيغة المبنى للفاعل من كنس الطير فى الكماس، إذا دخل فيه، والأول هو الصحيح. (عينى)

(١٢) لا اختلاف برهان.

العرف في زمنه فيهما[١]، وفي زمنهما في الغنم خاصة[٢]، وفي زماننا يفتي على حسب العادة، كما هو المذكور في "المختصر[٣]".

قال[٤]: وإن حلف لا يأكل فاكهة، فأكل عنبًا، أو رمانًا، أو رطبًا، أو قثاء، أو خيارًا لم يحنث، وإن أكل تفاحًا، أو بطيخًا، أو مشمشًا حنث، وهذا عند أبي حنيفة، وقال أبو يوسف ومحمد: حنث في العنب والرطب والرمان أيضًا[٥]. والأصل أن الفاكهة اسم لما يتفكه به قبل الطعام وبعده أي يتنعم به زيادةً على المعتاد[٦]، والرطب واليابس فيه[٧] سواء[٨] بعد أن يكون التفكه به معتادًا، حتى لا يحنث بيابس البطيخ[٩]، وهذا المعنى موجود في التفاح وأخواته[١٠]، فيحنث بها، وغير موجود في القثاء والخيار؛ لأنهما من البقول بيعا[١١] وأكلا، فلا يحنث[١٢] بهما.

وأما العنب والرطب والرمان فهما يقولان: إن معنى التفكه موجود

(١) فأفتى بوقوع اليمين على رؤوسهما.

(٢) فأفتى على رأس الغنم.

(٣) أي مختصر القدوري. (عيني)

(٤) أي محمد في "الجامع الصغير". (عيني)

(٥) يعني لا في القثاء والخيار. (عناية)

(٦) أي على الغذاء الأصلي. (عناية)

(٧) أي في التفكه. (عيني)

(٨) قوله: "سواء" يعني أن ما كان فاكهة، لا فرق فيه بين رطبة ويابسة، ويابس هذه الأشياء لا يعد فاكهة، فيجب أن يكون الرطب كذلك. (عناية)

(٩) فإنه لا يعتاد بأنه فاكهة في عامة البلاد. (عيني)

(١٠) من السفرجل والإجاص والعنب، كذا قال العيني.

(١١) قوله: "بيعا" فإن بائع البقول هو الذي يبيعها لا غير، وأما أكلا فإنهما يوضعان على الموائد حيث يوضع النعناء والبصل. (عناية)

(١٢) فيما إذا حلف لا يأكل فاكهة.

فيها، فإنها أعز الفواكه، والتنعم بها يفوق التنعم بغيرها. وأبو حنيفة يقول: إن هذه الأشياء مما[١] يتغذى بها، ويتداوى[٢] بها، فأوجب قصورًا فى معنى التفكه للاستعمال فى حاجة البقاء[٣]، ولهذا[٤] كان اليابس منها من التوابل، أو من الأقوات. قال[٥]: ولو حلف لا يأتدم[٦]، فكل شيء[٧] اصطبغ[٨] به إدامٌ[٩]، والشَّواء ليس بإدامٍ[١٠] والملحُ إدام[١١]، وهذا عند أبى حنيفة وأبى يوسف. وقال محمد: كل ما يؤكل مع الخبز[١٢] غالبًا، فهو إدام، وهو رواية عن أبى يوسف؛ لأن الإدام من المؤادمة، وهى الموافقة، وكل ما يؤكل مع الخبز موافقٌ له كاللحم والبيض ونحوه[١٣].

---

(١) يعنى العنب والرطب. (عناية)

(٢) يعنى الرمان. (عناية)

(٣) أى بقاء الإنسان.

(٤) قوله: "ولهذا" أى لأجل الاستعمال فى بقاء الإنسان كان اليابس منها من التوابل كيابس الرمان، أو من الأقوات كيابس العنب. والتوابل جمع التابل بفتح الباء وكسرها، وهى الأبازير أى الحبائب التى ترمى فى القدر مع اللحم، كذا قال العينى.

(٥) أى محمد فى "الجامع الصغير". (عينى)

(٦) أى لا يأكل إدامًا. (عناية)

(٧) كالخل والزيت.

(٨) قوله: "اصطبغ" على بناء المفعول، كذا كان مقيداً بخط الثقاة، وهو افتعل من الصبغ، ويقال: اصطبغ بالخل، وفى الخل. (عناية)

(٩) نانخورش.

(١٠) لأنه يؤكل وحده. (عينى)

(١١) لأنه يؤكل مع الخبز. (عينى)

(١٢) قوله: "كل ما يؤكل إلخ" حاصل ذلك على ثلاثة أوجه: ما يصطبغ به فهو إدام بالاتفاق، والبطيخ والعنب والتمر، وأمثالها مما يؤكل وحده غالبًا ليس بإدام بالاتفاق، وفى اللحم والبيض والجبن اختلاف، جعلها محمد إدامًا، خلافًا لهما. (ع)

(١٣) كالجبن. (عينى)

ولهما أن الإدام ما يؤكل [١] تبعًا، والتبعية [٢] فى الاختلاط حقيقة [٣]؛ ليكون [٤] قائمًا به، وفى أن لا يؤكل على الانفراد حكمًا، وتمامُ الموافقة [٥] فى الامتزاج أيضًا، والخل وغيره من المائعات لا يؤكل وحدها [٦]، بل يشرب، والملح لا يؤكل [٧] بانفراده عادةً، ولأنه يذوب، فيكون [٨] تبعًا، بخلاف اللحم، وما يضاهيه [٩]؛ لأنه [١٠] يؤكل وحده إلا أن ينويه؛ لما فيه من التشديد، والعنبُ والبطيخ ليس بإدام [١١]، هو الصحيح.

وإذا حلف لا يتغدّى، فالغداء الأكل [١٢] من طلوع الفجر إلى الظهر والعشاء من صلاة الظهر إلى نصف الليل؛ لأن ما بعد الزوال يسمى عشاءً، ولهذا تسمى الظهر إحدى صلاتى العشاء فى الحديث [١٣].

---

(١) فى العرف والعادة.

(٢) قوله: "والتبعية إلخ" يعنى أن التبعية على نوعين: حقيقة: وذلك فى الاختلاط؛ ليكون قائمًا به، وحكمية: وهى أن لا يؤكل على الانفراد، واللحم لا يختلط، فلا يكون تبعًا حقيقة، ويؤكل منفردًا، فلا يكون تبعًا حكمًا، فلا يكون إدامًا. (عناية)

(٣) قوله: "حقيقة" بأن يصير مع الخبز كشىء واحد، فيتبعه، ويقوم به. (عينى)

(٤) الإدام.

(٥) قوله: "وتمام الموافقة إلخ" جواب عن قوله: لأن الإدام من المؤادمة يعنى سلمناه، ولكن المؤادمة التامة الكاملة فى الامتزاج أيضًا ولم توجد فى هذه الأشياء إلا أن ينويه؛ لما فيه من التشديد. (عناية)

(٦) فيكون إدامًا.

(٧) فيكون إدامًا. (عينى)

(٨) فيكون إدامًا.

(٩) من البيض والجبن، فإنها ليست بإدام. (عينى)

(١٠) أى لأن اللحم، وما يضاهيه.

(١١) قوله: "ليس بإدام" يعنى بالاتفاق كما ذكرنا هو الصحيح، كذا ذكره شمس الأئمة السرخسى، وقال بعض مشايخنا: إنه على هذا الاختلاف. (ع)

(١٢) قوله: "فالغداء الأكل إلخ" قال فى "النهاية": هذا توسع فى العبارة، ومعناه أكل الغداء والعشاء والسحور على حذف المضاف، وذلك لأن الغداء اسم لطعام الغداء، لا اسم أكله. (عناية)

(١٣) قوله: "فى الحديث" أخرجه البخارى ومسلم عن أبى هريرة قال: «صلى بنا رسول الله ﷺ إحدى

والسحور من نصف الليل إلى طلوع الفجر؛ لأنه مأخوذ من السحر[١]، ويطلق على ما يقرب منه، ثم الغداء والعشاء ما يقصد به الشبع عادةً، ويعتبر عادة أهل كل بلدة[٢] فى حقهم[٣]، ويشترط[٤] أن يكون[٥] أكثر من نصف الشبع. ومن قال: إن لبست، أو أكلت، أو شربت، فعبدى حر، وقال: عنيت شيئًا دون شىء لم يديّن فى القضاء وغيره[٦]؛ لأن النية إنما تصح[٧] فى الملفوظ، والثوب وما يضاهيه[٨] غير مذكور[٩] تنصيصًا، والمقتضى[١٠] لا عموم له، فلغت نية التخصيص فيه.

وإن قال: إن لبست ثوبًا، أو أكلت طعامًا، أو شربت شرابًا لم يدين فى القضاء[١١] خاصةً؛ لأنه[١٢] نكرة فى محل الشرط فتعم، فعملت نية

صلاتى العشاء إما الظهر أو العشاء سلم فى ركعتين» الحديث. (عينى)

(١) هو الثلث الأخير من الليل إلى طلوع الفجر. (عينى)

(٢) قوله: "ويعتبر عادة إلخ" يعنى إن كانت خبزًا فخبزًا، وإن كانت لحمًا فلحمًا، وإن كانت لبنًا فلبنًا، وفى "المحيط": حتى لو كان الحالف مصريًا يقع على الخبز، فلو تغدى بغيره من الأرز والتمر واللبن لم يحنث، وإن كان بدويا، فيتغدى بالتمر. (عينى)

(٣) قوله: "فى حقهم" حتى إن الحضرى إذا حلف على ترك الغداء، فشرب اللبن لم يحنث، والبدوى بخلافه؛ لأنه غداء فى البادية. (عناية)

(٤) قوله: "ويشترط إلخ" لأن من أكل لقمة أو لقمتين، يصح أن يقول: ما تغديت وما تعشيت. (عناية)

(٥) الغداء والعشاء.

(٦) أى لم يصدق قضاءً، ولا ديانةً. (عناية)

(٧) لأن النية لتعيين بعض محتملات اللفظ. (عناية)

(٨) مثل الطعام والشرب. (عينى)

(٩) فلا يصح نيته. (عناية)

(١٠) قوله: "والمقتضى إلخ" أى فإن قيل: هب أنه غير ملفوظ تنصيصًا أليس أنه ثابت مقتضى، والمقتضى كالملفوظ، أجاب بقوله: والمقتضى إلخ. (عناية)

(١١) قوله: "لم يدين إلخ" يعنى لم يصدق فى القضاء خاصة، ويصدق ديانة. (عينى)

التخصيص فيه إلا أنه خلاف الظاهر[١]، فلا يدين فى القضاء[٢].

قال[٣]: ومن حلف لا يشرب من دجلة[٤]، فشرب منها بإناء، لم يحنث، حتى يكرع منها كرعًا[٥] عند أبى حنيفة، وقالا: إذا شرب منها بإناء يحنث؛ لأنه المتعارف المفهوم[٦]. وله أن كلمة من للتبعيض، وحقيقته فى الكرع، وهى مستعملة[٧]، ولهذا يحنث بالكرع إجماعًا، فمنعت[٨] المصير إلى المجاز، و إن[٩] كان متعارفًا. وإن حلف لا يشرب من ماء دجلة، فشرب منها[١٠] بإناء حنث؛ لأنه[١١] بعد الاغتراف بقى منسوبًا إليه[١٢]، وهو الشرط[١٣]، فصار كما إذا شرب من ماء نهر يأخذ من دجلة.

---

(١٢) أى لأن ثوبًا، وطعامًا، وشرابًا.

(١) إذا الظاهر العموم. (عينى)

(٢) قوله: "فلا يدين فى القضاء" لأن فى التصديق فيه تخفيفًا له، فلا يصدق. (عينى)

(٣) أى القدورى. (عينى)

(٤) وهو نهر ببغداد. (عينى)

(٥) قوله: "كرعًا" والكرع تناول الماء بالفم من موضعه من غير أن يأخذه بيده، يقال: كرع الرجل فى الماء إذا مد عنقه نحوه؛ ليشرب منه. (عينى)

(٦) قوله: "لأنه [أى الشرب بالإناء] المتعارف المفهوم" فإن المفهوم من قولنا: أهل فلان يشربون من دجلة أنهم يشربون من ماءها. (عناية)

(٧) قوله: "وهى [أى الحقيقة] مستعملة" لأن الناس يكرعون من الأنهار والأودية. (عناية)

(٨) أى الحقيقة.

(٩) الواو وصلية.

(١٠) دجلة.

(١١) الماء.

(١٢) أى إلى دجلة.

(١٣) قوله: "وهو الشرط" أى شرط الحنث فى الشرب كون الماء منسوبًا إليها، والماء فى الإناء منسوب إليها، فكان الشرط قائما، فصار كما إذا شرب من نهر يأخذ من دجلة؛ لأن الشرط كون الماء من دجلة. (عينى)

ومن قال: إن لم أشرب الماء الذى فى هذا الكوز اليومَ فامرأته طالق، وليس[١] فى الكوز ماءٌ لم يحنث[٢]، فإن كان فيه ماء، فأريق[٣] قبل الليل لم يحنث، وهذا عند أبى حنيفة وأبى محمد.

وقال أبو يوسف: يحنث فى ذلك كله[٤] يعنى إذا مضى اليوم، وعلى هذا الخلافِ إذا كان اليمين[٥] بالله تعالى. وأصلُه[٦] من شرط انعقاد اليمين، وبقاءه التصورُ[٧] عندهما، خلافًا لأبى يوسف؛ لأن اليمين إنما تعقد للبر[٨]، فلا بد من تصور البر[٩]؛ ليمكن إيجابه. وله أنه أمكن القول بانعقاده[١٠] موجبًا للبر على وجهٍ يظهر فى حق الخلف[١١]، وهو الكفارة.

قلنا: لا بد من تصور الأصل[١٢]؛ لينعقد فى حق الخَلف[١٣]، ولهذا

---

(١) الواو حالية.

(٢) علم عدم الماء فى الكوز، أو لم يعلم. (عناية)

(٣) وفى نسخة: فأهريق.

(٤) أى فى ما كان فيه الماء، وفى ما لم يكن. (عناية)

(٥) قوله: "إذا كان اليمين بالله" قال: والله لأشربن الماء الذى فى هذا الكوز اليوم، وليس فى الكوز ماء، أو كان فيه ماء، فأهريق قبل الليل لم يحنث عندهما، خلافا لأبى يوسف. (عينى)

(٦) أى أصل الخلاف.

(٧) أى تصور البر.

(٨) فإذا لم يتصور البر لا ينعقد.

(٩) قوله: "فلا بد من تصور البر إلخ" واعترض بأن البر متصور فى صورة الإراقة؛ لأن إعادة القطرات المهراقة ممكنة، فكان متصوراً. وأجيب بأن البر إنما يجب فى هذه الصورة فى آخر جزء من أجزاء اليوم بحيث لا يسع فيه غيره، فلا يمكن القول فيه بإعادة الماء فى الكوز، وشربه فى ذلك الزمان. (ع)

(١٠) اليمين.

(١١) خلف البر.

(١٢) أى البر.

(١٣) فإذا لم يتصوّر الأصل لا ينعقد فى حق الخلف. (عينى)

لا ينعقد[١] الغموس موجبًا للكفارة.

ولو كانت اليمين مطلقة[٢]، ففي الوجه الأول[٣]: لا يحنث عندهما، وعند أبي يوسف يحنث في الحال، وفي الوجه الثاني[٤]: يحنث في قولهم جميعًا، فأبو يوسف فرق[٥] بين المطلق والموقت.

ووجه الفرق أن التاقيت للتوسعة، فلا يجب الفعل[٦] إلا في آخر الوقت، فلا يحنث قبله، وفي المطلق يجب البر، كما فرغ[٧]، وقد عجز فيحنث في الحال. وهما فرّقا بينهما[٨]، ووجه الفرق أن في المطلق يجب البر، كما فرغ[٩]، فإذا فات البر بفوات ما عقد عليه اليمين يحنث في يمينه، كما إذا مات الحالف[١٠]، والماء باقٍ أما في الموقت يجب البر في الجزء الأخير من الوقت، وعند ذلك[١١] لم يبقَ محلية البر؛ لعدم التصور[١٢]، فلا

---

(١) قوله: "ولهذا لا ينعقد إلخ" أي لأجل تصور الأصل لانعقاده في حق الخلف، وهو الكفارة لم تنعقد الغموس حال كونها موجبة للكفارة؛ لأنه لما لم يتصور الأصل لا يظهر في حق الخلف، وهو الكفارة. (عيني)

(٢) أي عن ذكر اليوم. (ع)

(٣) أي فيما إذا لم يكن في الكوز ماء. (عناية)

(٤) أي فيما إذا كان فيه ماء، فأهريق. (عناية)

(٥) قوله: "فأبو يوسف فرق" في الوجه الأول، وهو الذي لم يكن في الكوز ماء بين المطلق عن ذكر اليوم، وبين الموقت به، فقال: في المطلق أنه يحنث في الحال، وفي الموقت يتوقف حنثه إلى آخر اليوم إلى غيبوبة الشمس. (عناية)

(٦) أي شرب الماء.

(٧) عن اليمين.

(٨) قوله: "وهما فرقا بينهما" أي في مسألة الوجه الثاني، وهو ما إذا كان في الكوز ماء، فأهريق.

(٩) عن اليمين.

(١٠) فيجب لأن بقاء المحل شرط البر كبقاء الحالف.

(١١) أي عند الجزء الأخير.

(١٢) أي تصور البر.

يجب[١] البر فيه، وتبطل اليمين كما إذا عقده[٢] ابتداءً في هذه الحالة[٣].

قال[٤]: ومن حلف ليصعدن السماء، أو ليقلبن هذا الحجر ذهبًا انعقدت يمينه، وحنث عقيبها[٥]، وقال زفر: لا تنعقد؛ لأنه[٦] مستحيل عادة، فأشبه المستحيل حقيقة، فلا ينعقد[٧].

ولنا أن البر متصور حقيقة؛ لأن الصعود إلى السماء ممكن حقيقة، ألا ترى أن الملائكة يصعدون السماء، وكذا[٨] تحول الحجر ذهبًا بتحويل الله تعالى، وإذا كان[٩] متصورًا ينعقد اليمين موجبًا لخلفه[١٠]، ثم يحنث بحكم العجز الثابت عادة، كما إذا مات الحالف، فإنه يحنث مع احتمال إعادة الحياة، بخلاف مسألة الكوز؛ لأن شرب الماء الذى فى الكوز وقت الحلف، و لا ماء [١١]فيه لا يتصور فلم ينعقد[١٢].

---

(١) للعجز. (عينى)

(٢) قوله: "كما إذا عقده [اليمين] إلخ" فوجود المحل، كما هو شرط لانعقاد اليمين كذلك لبقاءهما. (عناية)

(٣) أى حالة عدم الماء فى الكوز.

(٤) أى القدورى.

(٥) اليمين.

(٦) أى الصعود والقلب.

(٧) اليمين.

(٨) أى ممكن.

(٩) قوله: "وإذا كان إلخ" إنما كان كذلك؛ لأن إيجاب العبد معتبر بإيجاب الله تعالى يعتمد التصور دون القدرة فيما له خلف. ألا يرى أن الصوم واجب على الشيخ الفانى، ولم يكن له قدرة لمكان التصور والخلف، فكذلك ههنا حنث عقيب وجوب البر، فوجبت الكفارة للعجز الثابت عادة، كما وجبت الفدية هناك عقيب وجوب الصوم. (عناية)

(١٠) أى الكفارة.

(١١) الواو حالية.

(١٢) اليمين.

باب اليمين فى الكلام[1]

قال[2]: ومن حلف لا يكلم فلانا، فكلّمه وهو بحيث يسمع إلا أنه نائم حنث؛ لأنه قد كلمه، ووصل[3] إلى سمعه، لكنه لم يفهم لنومه، فصار كما إذا ناداه[4]، وهو بحيث يسمع لكنه لم يفهم لتغافله[5].

وفى بعض روايات "المبسوط": شرط أن يوقظه، وعليه[6] مشايخنا؛ لأنه إذا لم يتنبه كان كما إذا ناداه[7] من بعيد، وهو بحيث لا يسمع صوته. ولو حلف لا يكلمه إلا بإذنه، فأذن له، ولم يعلم[8] بالإذن حتى كلّمه حنث؛ لأن الإذن مشتق من الأذان الذى هو الإعلام، أو من الوقوع فى الأذن، وكلُّ ذلك[9] لا يتحقق إلا بالسماع.

وقال أبو يوسف: لا يحنث؛ لأن الإذن هو الإطلاق[10]، وأنه يتم

(١) قوله: "باب إلخ" لما ذكر أيمان السكنى، والدخول، والخروج، والأكل، والشرب للمعنى الذى ذكرنا، شرع فى بيان الفعل الجامع الذى يستتبع الأبواب المتفرقة، وهو الكلام؛ إذ اليمين فى العتق، والطلاق، والبيع، والشراء، واليمين فى الحج، والصلاة، والصوم من أنواع الكلام، فذكر الجنس مقدم على ذكر النوع. (عناية)

(٢) أى القدورى. (عينى)

(٣) قوله: "ووصل [الكلام] إلخ" نقل صاحب "النهاية" عن شيخ الإسلام أن التكلم عبارة عن إسماعه كلامه، كما فى تكلمه نفسه، فإنه عبارة عن إسماع نفسه، إلا أن إسماع الغير أمر باطن لا يوقف عليه، فأقيم السبب المؤدى إليه مقامه، وهو أن يكون بحيث لو أصغى إليه أذنه، ولم يكن به مانع من السماع تسمع، ودار الحكم معه، وسقط اعتبار حقيقة الإسماع. (عناية)

(٤) فيحنث.

(٥) أى لغفلته. (عناية)

(٦) أى على شرط الإيقاظ.

(٧) فلا يحنث.

(٨) الحالف.

(٩) أى الإعلام والوقوع فى الإذن.

(١٠) أى الإجازة والإباحة.

بالآذن كالرضاء[١]، قلنا: الرضاء من أعمال القلب[٢]، ولا كذلك الإذن على ما مر[٣]. قال[٤]: وإن حلف لا يكلّمه شهرًا، فهو من حين حلف؛ لأنه لو لم يذكر الشهر لتأبد اليمين، وذكر الشهر لإخراج ما وراءه، فبقى الذى يلى يمينه داخلا[٥] عملا بدلالة حاله[٦]، بخلاف[٧] ما إذا قال: والله لأصُوْمَنَّ شهرًا؛ لأنه لو لم يذكر الشهر لا يتأبد اليمين[٨]، فكان ذكره لتقدير الصوم به، وأنه منكر، فالتعين إليه[٩].

وإن حلف لا يتكلم، فقرأ القرآن فى صلاته، لا يحنث، وإن قرأ فى غير صلاته، حنث، وعلى هذا التسبيح[١٠] والتهليل والتكبير، وفى القياس يحنث فيهما[١١]، وهو قول الشافعى؛ لأنه كلام حقيقة.

ولنا أنه فى الصلاة ليس بكلام عرفا[١٢] ولا شرعًا، قال عليه

(١) قوله: "كالرضاء" يعنى إذا حلف لا يكلم إلا برضاه، فرضى المحلوف عليه بالاستثناء، ولم يعلم الحالف، فكلمه لا يحنث؛ لما أن الرضاء يتم بالراضى، فكذلك الإذن يتم بالآذن. (عناية)

(٢) فيتم بالراضى. (عناية)

(٣) قوله: "على ما مر" من أنه إما من الأذان الذى هو الإعلام، أو من الوقوع فى الأذن، وذلك يقتضى السماع، ولم يوجد. (عناية)

(٤) أى محمد فى "الجامع الصغير". (عينى)

(٥) فى اليمين.

(٦) وهى الغيظ الذى لحقه فى الحال. (عناية)

(٧) فإنه لا يتعين الشهر من حين حلف، بل له أن يعين.

(٨) قوله: "لا يتأبد اليمين" إما لأنه نكرة فى سياق الإثبات، وإما لأن الصوم غير صالح للتأبيد لتخلل الأوقات التى لا تصلح أن تكون محلا للصوم. (عناية)

(٩) أى إلى الحالف.

(١٠) قوله: "وعلى هذا التسبيح إلخ" يعنى إذا حلف لا يتكلم، فقال: سبحان الله، أو قال: لا إله إلا الله، أو قال: الله أكبر، فإن كان فى الصلاة لا يحنث، وإن كان خارج الصلاة يحنث. (عينى)

(١١) أى فى الصلاة وخارجها. (عينى)

(١٢) فإن الموجود فى الصلاة لا يسمى كلامًا عرفًا. (عينى)

السلام[١] : «إن صلاتنا هذه لا يصلح فيها شيء من كلام الناس» ، وقيل : فى عرفنا لا يحنث فى غير الصلاة أيضًا ؛ لأنه لا يسمى متكلمًا ، بل قارئًا ومسبّحًا . ولو قال : يوم أكلم فلانًا ، فامرأته طالق ، فهو على الليل والنهار ؛ لأن اسم اليوم إذا قرن بفعلٍ لا يمتد يراد به مطلق الوقت ، قال الله تعالى : ﴿ومن يولهم يومئذ[٢] دبره﴾[٣] ، والكلام لا يمتد[٤] . وإن عنى النهار خاصّة دين[٥] فى القضاء ؛ لأنه[٦] مستعمل فيه أيضًا ، وعن أبى يوسف أنه لا يدين فى القضاء ؛ لأنه خلاف المتعارف . ولو قال : ليلة أكلم فلانًا ، فهو على الليل خاصة ؛ لأنه حقيقةٌ فى سواد الليل كالنهار للبياض خاصة ، وما جاء استعماله[٧] فى مطلق الوقت . ولو قال : إن كلمت فلانا إلا أن يقدم فلان ، أو قال : حتى يقدم فلان ، أو قال : إلا أن يأذن فلان ، أو حتى يأذن فلان ، فامرأته طالق ، فكلّمه قبل القدوم[٨] والإذن حنث ، ولو كلّمه بعد القدوم والإذن لم يحنث ؛ لأنه غاية[٩] ، واليمين باقية قبل الغاية ، ومنتهية بعدها[١٠] ، فلا يحنث بالكلام بعد انتهاء اليمين .

---

(١) أخرجه مسلم. (عينى)

(٢) فالمراد الوقت.

(٣) قد مرتفسير هذه الآية فى أبواب الطلاق.

(٤) لأنه عرض كما يوجد يتلاشى. (عينى)

(٥) أى صدق.

(٦) اليوم.

(٧) الليل.

(٨) أى قدوم فلان.

(٩) قوله: "لأنه [أى لأن كل واحد من القدوم والإذن. عينى] غاية" أما فى كلمة حتى: فظاهر، وفى إلا أن فلما تقدم من مناسبة الاستثناء معنى الغاية، وكونه مجازاً للغاية. (عناية)

(١٠) الغاية.

وإن مات فلان[١] سقطت اليمين خلافًا لأبى يوسف[٢]؛ لأن الممنوع عنه[٣] كلام ينتهى بالإذن والقدوم، ولم يبق بعد الموت متصورًا لوجود، فسقطت اليمين، وعنده التصور ليس بشرط، فعند سقوط الغاية تتأبد اليمين. ومن حلف لا يكلم عبد فلان، ولم ينوِ عبدًا بعينه، أو امرأة فلان، أو صديق فلان، فباع فلانٌ عبده، أو بانت منه امرأته، أو عادى صديقه[٤]، فكلمهم[٥] لم يحنث؛ لأنه عقد يمينه على فعلٍ واقعٍ فى محلٍ مضافٍ إلى فلان، إما إضافة ملك[٦]، أو إضافة نسبة[٧]، ولم يوجد[٨]، فلا يحنث. قال[٩]: هذا[١٠] فى إضافة الملك بالاتفاق[١١]، وفى إضافة النسبة عند محمد يحنث كالمرأة والصديق. قال[١٢] فى "الزيادات": لأن هذه[١٣] الإضافة للتعريف؛ لأن المرأة والصديق مقصودان[١٤] بالهجران، فلا

---

(١) قوله: "وإن مات فلان" يعنى الذى أسند إليه القدوم، أو الإذن سقطت اليمين لانتفاء تصور البر. (عناية)

(٢) قوله: "خلافًا لأبى يوسف" فإنه قال: يبقى اليمين مؤبدة بعد سقوط الغاية. (عينى)

(٣) أى عن الحالف.

(٤) الحالف.

(٥) أى العبد والمرأة والصديق.

(٦) كما فى عبد فلان.

(٧) كما فى امرأة فلان، وصديق فلان.

(٨) واحد من الإضافتين.

(٩) أى المصنف. (عينى)

(١٠) أى عدم الحنث.

(١١) بين الثلاثة. (عينى)

(١٢) محمد.

(١٣) أى إضافة النسبة.

(١٤) لذاتهما لا لأجل المضاف إليه. (عناية)

يشترط دوامها[١]، فيتعلق الحكم بعينه[٢]، كما فى الإشارة[٣]. ووجه ما ذكر ههنا[٤]، وهو رواية "الجامع الصغير" أنه يحتمل أن يكون[٥] غرضه هجرانه[٦]؛ لأجل المضاف إليه، ولهذا لم يعينه، فلا يحنث بعد زوال الإضافة بالشك. وإن كانت يمينه على عبدٍ بعينه بأن قال: عبد فلانٍ هذا، أو امرأة فلانٍ بعينها، أو صديق فلان بعينه لم يحنث فى العبد[٧]، وحنث فى المرأة والصديق، وهذا قول أبى حنيفة وأبى يوسف، وقال محمد: يحنث فى العبد أيضًا، وهو قول زفر. وإن حلف لا يدخل دار فلان هذه، فباعها[٨] ثم دخلها، فهو على هذا الاختلاف[٩]، وجه قول محمد وزفر: أن الإضافة للتعريف، والإشارة أبلغ منها[١٠]؛ لكونها قاطعة للشركة[١١]، بخلاف الإضافة، فاعتبرت الإشارة، ولغت الإضافة، وصار[١٢] كالصديق والمرأة[١٣]. ولهما أن الداعى إلى اليمين[١٤] معنًى فى المضاف إليه؛ لأن

---

(١) قوله: "فلا يشترط دوامها" أى دوام إضافة المرأة إلى الزوج، وإضافة الصديق إلى فلان؛ لأن ما كان للتعريف لا يشترط دوامه للاستغناء عنه بعد التعريف. (عينى)

(٢) أى بعين كل واحد منهما. (عناية)

(٣) قوله: "كما فى الإشارة" بأن قال: لا أكلم صديق فلان هذا، أو زوجة فلان هذه. (عناية)

(٤) يعنى عدم الحنث. (عناية)

(٥) ويحتمل أن لا يكون. (عناية)

(٦) أى هجران كل واحد من المرأة، والصديق. (عناية)

(٧) أى بعد زوال الإضافة.

(٨) فلان.

(٩) قوله: "فهو على هذا الاختلاف" أى عند محمد يحنث فى الدار المشار إليها إذا بيعت، ثم وجد الدخول كما فى العبد المشار إليه إذا بيع، ثم كلمه، وعندهما لا يحنث. (عينى)

(١٠) أى من الإضافة.

(١١) قوله: "لكونها قاطعة للشركة" فكونها بمنزلة وضع اليد عليه، بخلاف الإضافة لجواز أن يكون لفلان عبيد. (ع)

(١٢) العبد المشار إليه.

(١٣) فيكون فيه الحنث أيضًا.

هذه الأعيان[١] لا تهجر، ولا تعادى[٢] لذواتها، وكذا[٣] العبد لسقوط منزلته، بل لمعنًى فى ملاكها[٤]، فتقيد اليمين[٥] بحال قيام الملك. بخلاف ما إذا كانت الإضافة نسبة كالصديق والمرأة؛ لأنه يعادى لذاته، فكانت الإضافة للتعريف، والداعى لمعنًى فى المضاف إليه غير ظاهر؛ لعدم التعيين[٦]، بخلاف ما تقدم[٧].

قال[٨]: وإن حلف لا يكلم صاحب هذا الطيلسان فباعه، ثم كلمه حنث؛ لأن هذه الإضافة لا يحتمل إلا التعريف؛ لأن الإنسان لا يعادى لمعنًى فى الطيلسان، فصار كما إذا أشار إليه[٩].

ومن حلف لا يكلم هذا الشاب، فكلّمه و قد[١٠] صار شيخًا حنث؛ لأن الحكم تعلق بالمشار إليه؛ إذ الصفة فى الحاضر لغوٌ، وهذه الصفة[١١]

---

(١٤) قوله: "أن الداعى إلى اليمين إلخ" وتقريره لا نسلم أن الإضافة للتعريف، بل لبيان أن الداعى إلى اليمين معنى فى المضاف إليه؛ لأن إلخ. (عناية)

(١) أى الدابة، والدار، والثوب. (عناية)

(٢) عرفًا.

(٣) أى لا يهجر لذاته.

(٤) أى بل تهجر هذه الأعيان لمعنى إلخ.

(٥) بقيام المعنى الداعى إذ ذاك. (عناية)

(٦) قوله: "لعدم التعيين" أى لعدم تعيين المضاف إليه للهجران لكون المضاف أيضًا صالحًا لذلك، وإذا كانت للتعريف لم يشترط دوامها؛ لما ذكرنا. (عناية)

(٧) قوله: "بخلاف ما تقدم" يعنى إضافة الملك لتعيين المضاف إليه لذلك. (عناية)

(٨) أى محمد فى "الجامع الصغير". (عينى)

(٩) أى إلى صاحب الطيلسان، فتعلقت اليمين به. (عينى)

(١٠) الواو حالية.

(١١) قوله: "وهذه الصفة إلخ" جواب عما يقال: لو كانت الصفة فى الحاضر لغو الحنث إذا حلف لا يأكل هذا الرطب، فأكله بعد ما صار تمرًا.

وتقريره: الصفة فى الحاضر لغو إذا لم تكن داعية إلى اليمين، وهذه كذلك على ما مر من قبل يعنى فى أول

ليست بداعية إلى اليمين على ما مر من قبل.

فصل[١]

قال[٢]: ومن حلف لا يكلم[٣] حينًا[٤]، أو زمانًا، أو الحين، أو الزمان، فهو على ستة أشهر؛ لأن الحين قد يراد به الزمان القليل[٥]، وقد يراد به أربعون سنة، قال الله تعالى: ﴿هل[٦] أتى على الإنسان[٧] حينٌ من الدهر﴾، وقد يراد به ستة أشهر، قال الله تعالى: ﴿تؤتي أكلها كل حين[٨]﴾، وهذا[٩] هو الوسط، فينصرف إليه[١٠]، وهذا[١١] لأن اليسير لا يقصد بالمنع؛ لوجود الامتناع فيه عادةً.

والمؤبد[١٢] لا يقصد به[١٣] غالبًا؛ لأنه بمنزلة الأبد، ولو سكت عنه

باب اليمين في الأكل والشرب، بخلاف الرطب، فإن صفتها داعية إلى اليمين. (ع)

(١) قوله: "فصل" لما كانت المسائل المذكورة في هذا الفصل من نوع الكلام متعلقًا بالأزمان سماه فصلا لا بابًا. (عناية)

(٢) أي القدوري. (عيني)

(٣) أي فلانًا.

(٤) ولا نية على شيء من الوقت. (عناية)

(٥) قوله: "قد يراد به إلخ" قال الله تعالى": ﴿فسبحان الله حين تمسون وحين تصبحون﴾، والمراد به وقت الصلاة. (عناية)

(٦) قد.

(٧) آدم.

(٨) قوله: "كل حين" أي ستة أشهر فمن وقت الطلع إلى وقت الرطب ستة أشهر، ومن وقت الرطب إلى وقت الطلع ستة أشهر، ومعناه أنه ينتفع بها في كل وقت لا ينقطع نفعها البتة. (عناية)

(٩) ستة أشهر.

(١٠) إذا لم تكن له نية.

(١١) قوله: "وهذا" أي الانصراف إلى ستة أشهر؛ لأن القصير لا يقصد بالمنع؛ لعدم الحاجة إلى اليمين في الامتناع عن الكلام في ساعة واحدة؛ لأنه يوجد فيها عادة بلا يمين، والمؤبد لا يقصد غالبا به؛ لأنه بمنزلة الأبد؛ لأن من أراد ذلك يقول: أبدًا في العرف، فلو كان مراده ذلك لم يذكر الحين، ولو سكت تأبد اليمين، فحيث ذكر لا بد له من فائدة سوى المستفاد عند عدم ذكره، وإلا لا يكون لذكره فائدة، فتعين الأوسط. (ع)

(١٢) أي الزمان المؤبد.

يتأبد، فتعين ما ذكرنا، وكذا الزمان يستعمل استعمال الحين يقال: ما رأيتك منذ حين، ومنذ زمان بمعنًى، وهذا[1] إذا لم تكن له نية، أما إذا نوى شيئًا، فهو على ما نوى؛ لأنه نوى حقيقة كلامه. وكذلك الدهر عندهما[2]، وقال أبوحنيفة: الدهر لا أدرى ما هو؟ وهذا الاختلاف فى المنكّر، هو الصحيح[3]، أما المعرف بالألف واللام يراد به[4] الأبد عرفًا. لهما أن دهرًا يستعمل استعمال الحين والزمان يقال: ما رأيتك منذ حين، ومنذ دهر بمعنًى وأبوحنيفة توقف فى تقديره؛ لأن اللغات لا تدرك قياسًا، والعرف لم يعرف استمراره لاختلافٍ فى الاستعمال[5]. ولو حلف لا يكلم أيامًا، فهو على ثلاثة أيام؛ لأنه اسم جمع ذكر منكرًا، فيتناول أقل الجمع، وهو الثلاث، ولوحلف لا يكلمه الأيام، فهوعلى عشرة أيام عند أبى حنيفة. وقالا: على الأسبوع، ولو حلف لا يكلمه الشهور، فهو على عشرة أشهر عنده، وعندهما على اثنى عشر شهرًا؛ لأن اللام للمعهود[6]، وهو ما

(١٣) أى بالحين.

(١) أى الحمل على ستة أشهر.

(٢) قوله: "وكذلك الدهر [أى ستة أشهر] عندهما" أى أبى يوسف ومحمد رحمهما الله يعنى يقع على ستة أشهر، المعرف والمنكر سواء. (عناية)

(٣) قوله: "هوالصحيح" احتراز عن رواية بشر عن أبى يوسف عن أبى حنيفة: أنه قال: لا فرق على قول أبى حنيفة بين قوله: دهرا وبين قوله: الدهر. (عناية)

(٤) بالاتفاق.

(٥) قوله: "لاختلاف فى الاستعمال" فإن المعرفة تقع على الأبد، بخلاف الحين والزمان، ويقال: دهرى لمن قال: بالدهر، وأنكر الصانع، وحكى الله تعالى عنهم بقوله: ﴿وما يهلكنا إلا الدهر﴾، وقال صلى الله عليه وعلى آله وسلم: «لا تسبوا الدهر فإن الدهر هو الله»، فهذا إثم لا يوقف على مراد المتكلم به عند الإطلاق، والتوقف فى مثل ذلك لا يكون إلا من كمال العلم والورع. (عناية)

(٦) قوله: "لأن اللام إلخ" الأصل أن حرف التعريف إذا دخل فى اسم الجمع ينصرف إلى أقصى ما يطلق عليه اسم الجمع عند أبى حنيفة، وهو العشرة؛ لأن الناس يقولون فى العرف: ثلاثة أيام، وأربعة أيام إلى عشرة أيام، ثم بعد ذلك يقولون: أحد عشر يومًا، ومائة يوم، وألف يوم، فلما كانت العشرة أقصى ما ينتهى إليه لفظ الجمع، كانت هى المرادة. بخلاف ما إذا حلف لا يتزوج النساء حيث تقع اليمين على الواحدة؛

ذكرنا[1]؛ لأنه يدور عليها[2]. وله أنه جمع معرف، فينصرف إلى أقصى ما يذكر بلفظ الجمع، وذلك عشرة، وكذا الجواب عنده[3] في الجمع[4] والسنين، وعندهما ينصرف إلى العمر؛ لأنه لامعهود دونه.

ومن قال لعبده: إن خدمتنى أياما كثيرة، فأنت حر، فالأيام الكثيرة عند أبى حنيفة عشرة أيام؛ لأنه أكثر ما يتناوله اسم الأيام[5]. وقالا: سبعة أيام؛ لأن ما زاد عليها[6] تكرارٌ، وقيل: لو كان اليمين بالفارسية[7] ينصرف[8] إلى سبعة أيام؛ لأنه يذكر فيها بلفظ الفرد دون الجمع.

باب اليمين فى العتق والطلاق[9]

ومن قال لامرأته: إذا ولدت ولدًا، فأنتِ طالق، فولدت ولدًا ميتا

لتعذر صرفه إلى أقصى ما ينتهى إليه اسم النساء.وعندهما ينظر إن كان ثمه معهود، ينصرف إليه، وإلا ينصرف إلى جميع العمر، وفى الأيام المعهود فى عرف الناس أيام الأسبوع، فكانت مرادة، وفى الشهود المعهود شهور السنة، فكانت مرادة، وهى اثنا عشر شهرًا، ولا معهود فى الجمع والسنين، فينصرف يمينه إلى جميع العمر.(ع)

(١) أى الأسبوع واثنى عشر شهرًا.

(٢) قوله: "لأنه يدور عليها" قيل: أى لأن الشهور تدور على اثنى عشر، وكان القياس أن يقول: لأنها تدور عليه، ولكن أول بالمذكور فى الأول، وبالإفراد فى الثانى. (ع)

(٣) أبو حنيفة رحمه الله.

(٤) قوله: "فى الجمع [جمع جمعة]" يعنى إذا حلف لا يكلم الجمع يقع على عشرة جمعة، والسنين يعنى إذا حلف لا يكلم السنين يقع على عشر سنين. (عينى)

(٥) قوله: "لأنه [عشرة] أكثر ما يتناوله إلخ" أى أكثر ما يطلق عليه اسم الأيام؛ لأن بعد ذلك لا يقال: أيام، بل يقال: أحد عشر يومًا، ومائة يوم، وألف يوم. (عناية)

(٦) السبعة.

(٧) قوله: "لو كان اليمين بالفارسية" مثل أن يقول: أگر خدمت كنى مرا روزهاى بسيار تو آزادى إذا خدم سبعة أيام ينبغى أن يعتق؛ لأن فى لساننا يستعمل فى جميع الأعداد لفظ روز، فلا يجىء ما قال أبو حنيفة فى العربية: من انتهاء لفظ الجمع إلى العشرة. (عناية)

(٨) عنده أيضًا.

(٩) قوله: "باب اليمين إلخ" قدم هذا الباب على غيره؛ لأن الحلف بهما أكثر وقوعا، فكان معرفة أحكامه أهم من غيره. (عناية)

طلقت، وكذلك إذا قال لأمته: إذا ولدتِ ولدًا[١]، فأنت حر؛ لأن الموجود مولودٌ، فيكون ولدًا حقيقة، ويسمى به[٢] فى العرف، ويعتبر ولدًا فى الشرع، حتى تنقضى به العدة، والدم بعده نفاسٌ، وأمّه أمُّ ولدٍ له، فيتحقق الشرط، وهو ولادة الولد.

ولو قال: إذا ولدت ولدًا، فهو حر فولدت ولدًا ميتًا، ثم آخر حيًّا عتق الحيّ وحده[٣] عند أبى حنيفة. وقالا: لا يعتق واحد منهما؛ لأن الشرط قد تحقق بولادة الميت على ما بينا[٤]، فينحل[٥] اليمين، لا إلى جزاء[٦]؛ لأن الميت ليس بمحل للحرية، وهى الجزاء. ولأبى حنيفة أن مطلق اسم الولد مقيد بوصف الحياة؛ لأنه[٧] قصد إثبات الحرية جزاءً، وهى قوة حكمية تظهر فى دفع تسلط الغير، ولا تثبت فى الميت، فيتقيد[٨] بوصف الحياة، فصار كما إذا قال[٩]: إذا ولدت ولدًا حيا، بخلاف جزاء الطلاق[١٠]، وحرية الأم؛ لأنه[١١] لا يصلح مقيدًا.

(١) فولدت ولدًا ميتًا، عتقت.

(٢) أى بالولد.

(٣) لا الميت.

(٤) من أن الموجود ولد إلخ.

(٥) أى يبطل.

(٦) قوله: "لا إلى جزاء" كما لوقال لامرأته" إن دخلت الدار، فأنت طالق، فدخلت الدار بعد ما أبانها، وانقضت عدتها تنحل اليمين، لا إلى جزاء. (عناية)

(٧) القائل.

(٨) الولد.

(٩) قوله: "كما إذا قال" ولم يوجد الولد الحى فى الولادة الأولى، ووجد فى الولادة الثانية، فإذا تحقق الشرط يتحقق الجزاء.

(١٠) كما فى المسألة الأولى.

(١١) قوله: "لأنه" أى لأن الجزاء لا يصلح مقيدًا لاستغناءهما عن حياة الولد؛ فلم يكن الشرط إلا ولادة

وإذا قال: أول عبد أشتريه فهو حر، فاشترى عبدًا عتق؛ لأن الأول اسم لفرد سابق[١]، فإن اشترى عبدين معًا، ثم آخر لم يعتق واحد منهم؛ لانعدام التفرد في الأولين، والسبق في الثالث، فانعدمت الأولية.

وإن قال: أول عبد أشتريه وحده[٢]، فهو حر عتق الثالث؛ لأنه يراد به[٣] التفرد في حالة الشراء؛ لأن وحده للحال لغةً[٤]، والثالث سابق[٥] في هذا الوصف[٦]. وإن قال: آخر عبد أشتريه فهو حر، فاشترى عبدًا، ومات[٧] لم يعتق؛ لأن الآخر اسم لفرد لاحق، ولا سابق له، فلا يكون لاحقًا. ولو اشترى عبدًا ثم عبدًا، ثم مات[٨] عتق الآخر؛ لأنه فرد لاحق، فاتصف بالآخرية، ويعتق يوم اشتراه[٩] عند أبي حنيفة، حتى يعتبر من جميع المال وقالا: يعتق يوم مات حتى يعتبر من الثلث؛ لأن الآخرية[١٠] لا تثبت إلا بعدم شراء غيره بعده، وذلك[١١] يتحقق بالموت، فكان الشرط متحققًا عند الموت، فيقتصر عليه[١٢]، ولأبي حنيفة أن الموت[١٣] معرّف[١٤].

الولد، وقد تحققت. (عناية)

(١) لا يشاركه غيره فيه. (عيني)

(٢) أي حال كونه وحده في حالة الشراء.

(٣) أي بالوحدة.

(٤) قوله: "لغة" فيه نظر؛ لأن وحده حال من جهة الإعراب، لا من جهة اللغة. (عيني)

(٥) فيعتق.

(٦) أي التوحد في الشراء.

(٧) أي المولى.(عيني)

(٨) أي المولى.

(٩) لا من بعد الموت.

(١٠) أي آخرية العبد المشترى.

(١١) أي عدم شراء غيره بعده.

(١٢) قوله: "فيقتصر عليه" أي فيقتصر العتق على زمان الموت، فيعتق قبيل الموت بلا فصل. (عيني)

فأما اتصافه بالآخرية من وقت الشراء، فيثبت[١] مستندًا[٢]، وعلى هذا الخلاف تعليق الطلقات الثلاث[٣] به[٤]، وفائدته تظهر فى جريان الإرث وعدمه. ومن قال: كل عبدٍ بشرنى بولادة فلانة، فهو حر فبشره ثلاثة متفرقين عتق الأول؛ لأن البشارة اسم لخبرٍ يغير بشرة الوجه، ويشترط[٥] كونه سارًا بالعرف، وهذا إنما يتحقق من الأول، وإن بشروه معًا عتقوا؛ لأنها تحققت من الكل. ولو قال: إن اشتريت فلانًا فهو حر، فاشتراه ينوى به[٦] كفارة يمينه لم يجزه[٧]؛ لأن الشرط[٨] قران النية بعلة العتق، وهى اليمين، فأما الشراء فشرطه. وإن اشترى أباه ينوى[٩] عن

(١٣) قوله: "أن الموت إلخ" تقريره أنه لما اشترى الثانى بعد الأول ثبت صفة الآخرية فيه، لكن لما كانت بعرضية أن يزول بشراء غيره، فلا يحكم بعتقه ما لم يتيقن، فإذا مات ولم يشترِ غيره، عرفنا تقرر صفة الآخرية عليه، فيعتق من ذلك الوقت. (عناية)

(١٤) للآخرية.

(١) الآخرية.

(٢) إلى وقت الشراء.

(٣) قوله: "تعليق إلخ" كما إذا قال: آخر امرأة أتزوجها، فهى طالق ثلاثًا، فتزوج امرأة، ثم امرأة، ثم امرأة، ثم مات، عندهما يقع الطلاق مقصوراً على الموت، حتى تستحق الميراث.
وعند أبى حنيفة رحمه الله يقع مستنداً إلى وقت التزوج، فلا تستحقه، وفائدة التقييد بالثلاث جاز أن يكون بيان الطلاق البائن، فإنه به يكون الزوج فاراً، فترث المرأة عندهما. (عناية)

(٤) أى بوصف الآخرية.

(٥) قوله: "ويشترط إلخ" فإنه قد يكون بالخير، وقد يكون بالشر إلا أنه فى العرف يستعمل فيما يسر، وينفى الحزن. (عناية)

(٦) حال.

(٧) أى عن الكفارة.(عينى)

(٨) قوله: "لأن الشرط" أى شرط الخروج عن عهدة التكفير قران نية التكفير بعلة العتق، وهى اليمين فيما نحن فيه، ولم يوجد، وإنما وجد عند الشرى وهو شرط العتق، لا علته، فلا يكون مفيداً حتى لو كانت النية مقارنة لليمين أجزأه عن الكفارة. (ع)

(٩) حال.

كفارة يمينه أجزأه[١] عندنا خلافًا لزفر والشافعى، لهما أن الشراء[٢] شرط العتق، فأما العلة[٣] فهى القرابة، وهذا[٤] لأن الشراء إثبات الملك، والإعتاق إزالته، وبينهما[٥] منافاةٌ. ولنا أن شراء القريب إعتاق؛ لقوله عليه السّلام[٦]: «لن يجزى ولد والده إلا أن يجده مملوكًا فيشتريه فيعتقه»*، جَعَل[٧] نفس الشراء إعتاقًا؛ لأنه لا يشترط غيره[٨]، فصار نظير قوله[٩]: سقاه فأرواه. ولو اشترى أم ولده لم يجز، ومعنى هذه المسألة[١٠] أن يقول لأمةٍ -قد استولدها بالنكاح-: إن اشتريتك فأنت حرة عن كفارة يمينى، ثم اشتراها، فإنها تعتق لوجود الشرط، ولا يجزئه عن الكفارة؛ لأنّ حريّتها مستحقة بالاستيلاد، فلا تضاف إلى اليمين[١١] من كل

---

(١) عن الكفارة.

(٢) قوله: "أن الشراء إلخ" يعنى أن النية تشترط عند العلة، والشراء شرط العتق لا علته، وإنما العلة هى القرابة، فلا يفيد النية عند الشراء. (عناية)

(٣) أى علة العتق.

(٤) أى كون الشراء شرطا لا علة. (عناية)

(٥) أى بين إثبات الملك، وإزالته منافاة، فكيف يكون الشراء علة للعتق، فلا يكون الشراء إعتاقًا.(ب)

(٦) أخرجه الجماعة غير البخارى عن أبى هريرة رضى الله تعالى عنه قال: قال رسول الله ﷺ: «لا يجزى» إلخ. (عينى)

* راجع نصب الراية ج٣ ص٣٠٤، والدراية ج٢، الحديث ٦٣٥ ص٩٣. (نعيم)

(٧) صلى الله عليه وسلم.

(٨) فى الحديث. (عينى)

(٩) قوله: "فصار إلخ" جواب عما يقال: عطف الإعتاق على الشراء بالفاء، وهو يقتضى التراخى بزمان، فلا يكون نفسه.

ووجهه أن الفعل إذا عطف على فعل آخر بالفاء، كان الثانى ثابتًا بالأول فى كلام العرب، يقال: ضربه فأوجعه، وأطعمه فأشبعه، وسقاه فأرواه أى بذلك الفعل لا بغيره. (عناية)

(١٠) وهى من مسائل "الجامع الصغير". (عينى)

(١١) قوله: "فلا تضاف إلى اليمين" والواجب باليمين ما يستحق حرية بها من كل وجه. (عناية)

وجه. بخلاف ما إذا قال لقنّة: إن اشتريتك فأنت حرة عن كفارة يمين[١] حيث يجزئه عنها[٢] إذا اشتراها؛ لأن حريتها[٣] غير مستحقة بجهة أخرى، فلم يختل الإضافة[٤] إلى اليمين، وقد قارنته[٥] النية[٦].

ومن قال: إن تسريت جارية[٧] فهى حرة، فتسرى جاريةً كانت فى ملكه عتقت؛ لأن اليمين انعقدت فى حقّها[٨] لمصادفتها الملك، وهذا[٩] لأن الجارية منكرةٌ فى هذا الشرط، فيتناول كل جارية على الانفراد.

وإن اشترى جارية فتسراها لم تعتق بهذه اليمين، خلافًا لزفر، فإنه يقول: التسرى لا يصح إلا فى الملك، فكان ذكره ذكر الملك[١٠]، فصار كما إذا قال لأجنبية: إن طلقتك فعبدى حر يصير التزوج مذكوراً[١١].

ولنا أن الملك[١٢] يصير مذكوراً ضرورة صحة التسرى، وهو[١٣] شرط،

(١) فاشتراها.

(٢) الكفارة.

(٣) القنة.

(٤) إضافة الحرية.

(٥) الشراء.

(٦) أى نية الكفارة.

(٧) قوله: "إن تسريت إلخ" معنى تسريت اتخذت سريّة، وهى فعلية منسوبة إلى السر، وهو الجماع والإخفاء؛ لأن الإنسان يسره، وإنما ضمت سينه؛ لأن الأبنية قد تغيرت فى النسبة، كما قالوا فى النسبة إلى الدهر: دهرى بضم الدال للمعمر. (عناية)

(٨) قوله: "انعقدت فى حقها [أى فى حق هذه الجارية]" وكل ما انعقدت فى حقه اليمين إذا وجد الشرط فيه يترتب عليه الجزاء. (عناية)

(٩) توضيح لانعقاد اليمين فى حقها. (عناية)

(١٠) فكأنه قال: إن وطئت مملوكة لى، فهى حرة.

(١١) قوله: "يصير التزوج مذكوراً" لأن الطلاق لا يصح بدون متابعة النكاح، فكأنه قال: إن نكحتك، وطلقتك فعبدى حر. (عينى)

(١٢) قوله: "أن الملك إلخ" تقريره: سلمنا أن ذكر التسرى ذكر الملك، ولكن بطريق الاقتضاء ضرورة

فيتقدر بقدره[١]، فلا يظهر فى حق صحة الجزاء، وهو الحرية.

وفى مسألة الطلاق[٢] إنما يظهر[٣] فى حق الشرط دون الجزاء، حتى لو قال لها: إن طلقتك فأنت طالق ثلاثًا، فتزوجها وطلقها، لا تطلق ثلاثًا، فهذه وزان مسألتنا. ومن قال: كل مملوك لى حر يعتق أمهات أولاده ومدبروه وعبيده؛ لوجود الإضافة المطلقة[٤] فى هؤلاء؛ إذ الملك ثابت فيهم[٥] رقبةً ويدًا. ولا يعتق مكاتبوه إلا أن ينويهم؛ لأن الملك غير ثابت[٦] يدًا، ولهذا لا يملك[٧] أكسابه[٨]، ولا يحل له[٩] وطئ المكاتبة، بخلاف أم الولد والمدبرة، فاختلت الإضافة[١٠]، فلا بد من النية.

ومن قال لنسوةٍ له: هذه طالق، أو هذه وهذه، طلقت الأخيرة، وله

صحته؛ لكون التسرى شرطًا، وما ثبت بالضرورة يتقدر بقدرها، ولا يظهر فى حق صحة الجزاء، وهو الحرية؛ لأنها ليست من لوازم الملك الثابت اقتضاء. (ع)

(١٣) الواو حالية.

(١) ضرورة.

(٢) قوله: "وفى مسألة إلخ" جواب عن قوله: كما إذا قال لأجنبية، وتقريره أن ما ذكرت فى المسألة المذكورة، فالأمر فيه كذلك؛ لأنه ثبت فيها ملك النكاح ضرورة صحة الشرط الذى هو الطلاق، ولا يتعدى إلى صحة الجزاء، حتى لو قال: إن طلقتك فأنت طالق ثلاثًا، فتزوجها وطلقها لا تطلق ثلاثًا، فهذه وزان مسألتنا من حيث إن فى كل منهما ثبت شرط الشرط لصحة الشرط، ولا يتعدى إلى صحة الجزاء. (عناية)

(٣) أى ملك النكاح. (عينى)

(٤) قوله: "لوجود الإضافة المطلقة [كاملة] إلخ" يعنى أن كل واحد من هؤلاء فى الإضافة إلى نفسه بقوله: لى كامل. (عناية)

(٥) فيدخلون تحت كلمة كل فيعتقون. (عناية)

(٦) فى المكاتب.

(٧) المولى.

(٨) المكاتب.

(٩) أى للمولى.

(١٠) فى المكاتب؛ لأن المكاتبة مملوكة من وجه دون وجه. (عناية)

الخيار فى الأولين ؛ لأن كلمة أو لإثبات أحد المذكورين ، وقد أدخلها بين الأولين ، ثم عطف الثالثة على المطلقة ؛ لأن العطف[١] للمشاركة فى الحكم ، فيختص بمحله[٢] ، فصار كما إذا قال : إحداكما طالق وهذه ، وكذا إذا قال لعبيده : هذا حرّ وهذا وهذا ، عتق الأخير ، وله الخيار فى الأولين ؛ لما بينا[٣] .

باب اليمين فى البيع والشراء والتزوج[٤] و غير ذلك[٥]

ومن حلف لا يبيع ، أو لا يشترى ، أو لا يؤاجر ، فوكل من فعل ذلك لم يحنث ؛ لأن العقد وجد من العاقد ، حتى كانت الحقوق عليه[٦] ، ولهذا[٧] لو كان العاقد هو الحالف يحنث فى يمينه[٨] ، فلم يوجد ما هو الشرط ، وهو العقد من الآمر ، وإنما الثابت له حكم العقد ، إلا أن ينوى[٩] ذلك ؛ لأن فيه تشديدًا ، أو يكون الحالف ذا سلطان[١٠] لا يتولى العقد

(١) بالواو.

(٢) قوله: "فيختص بمحله" أى فيختص العطف بمحل الحكم، ومحل الحكم المطلقة من إحدى الأولين، فكان الثالث طابقا؛ لأن الواو تقتضى الاشتراك فى الحكم، والحكم هو الطلاق. (عينى)

(٣) من أن كلمة أو إلخ.

(٤) قوله: "باب اليمين إلخ" لما كانت التصرفات فى الأيمان فى هذه الأشياء أكثر وقوعًا بالنسبة إلى اليمين فى الحج والصلاة والصوم، قدم هذا الباب على باب اليمين فى الحج. (عينى)

(٥) قوله: "وغير ذلك" أى فى الطلاق والعتاق والضرب، كما إذا قال: لا يطلق، ولا يعتق، ولا يضرب، فأمر غيره بذلك. (عينى)

(٦) مثل تسليم المبيع إذا كان بالغًا، وقبضه إذا كان مشتريًا.

(٧) أى لكون العقد موجودًا من العاقد.

(٨) فلا يحنث الآمر.

(٩) قوله: "إلا أن ينوى" استثناء متصل بقوله: فوكل من فعل ذلك لم يحنث أى إلا أن ينوى أن لا يأمر غيره أيضًا، فح يحنث.(عناية)

(١٠) قوله: "أو يكون الحالف ذا سلطان" فإذا باشره المأمور حنث؛ لأن مقصوده من اليمين منع نفسه عما يعتاده، ومعتاده الأمر بالغير، فلما أمر غيره، وفعل المأمور حنث، ومع ذلك لو فعله بنفسه حنث أيضًا؛ لوجود

بنفسه؛ لأنه يمنع نفسه عما يعتاده.

ومن حلف لا يتزوج، أو لا يطلق، أو لا يعتق، فوكل بذلك حنث؛ لأن الوكيل فى هذا سفيرٌ، ومعبرٌ، ولهذا لا يضيفه[١] إلى نفسه، بل إلى الآمر[٢]، وحقوق العقد[٣] ترجع إلى الآمر، لا إليه[٤].

ولو قال[٥]: عنيت أن لا أتكلم به[٦] لم يدين[٧] فى القضاء خاصة، وسنشير إلى المعنى[٨] فى الفرق إن شاء الله تعالى.

ولو حلف لا يضرب عبده، أو لا يذبح شاته، فأمر غيره ففعل، يحنث فى يمينه؛ لأن المالك له ولاية ضرب عبده[٩]، وذبح شاته، فيملك توليتَه غَيره، ثم منفعته راجعة إلى الآمر، فيجعل هو[١٠] مباشراً؛ إذ لا حقوق له يرجع إلى المأمور، ولو قال[١١]: عنيت أن لا أتولى ذلك[١٢]

البيع منه حقيقة. (عناية)

(١) الوكيل، أى التزوج والإعتاق والطلاق.

(٢) فى هذه الأشياء الثلاثة.

(٣) قوله: "وحقوق العقد" وهى وجوب المهر فى التزوج، ووقوع الطلاق، ووقوع العتاق. (عينى)

(٤) الوكيل.

(٥) الحالف.

(٦) قوله: "أن لا أتكلم به" أى بلفظ التزوج والتطليق والإعتاق. (عينى)

(٧) قوله: "لم يدين" أى لم يصدق فى القضاء؛ لأنه خلاف الظاهر، وقيد بقوله خاصة: لأنه يصدق ديانة؛ لأنه نوى شيئًا يحتمله اللفظ، فصحت النية. (عينى)

(٨) أراد به قوله: ووجه الفرق إلخ. (عينى)

(٩) قوله: "له ولاية ضرب عبده" يلوح إلى أنه لو حلف على ضرب حر، فأمر غيره بذلك، فضربه المأمور لم يحنث؛ لأنه لا ولاية له عليه، فلا يعتبره أمره فيه. (ع)

(١٠) الآمر.

(١١) الحالف.

(١٢) أى الضرب أو الذبح.

بنفسى دين[1] فى القضاء، بخلاف ما تقدم من الطلاق وغيره[2].

ووجه الفرق[3]: أن الطلاق ليس إلا تكلما بكلام يفضي إلى وقوع الطلاق عليها، والأمر بذلك[4] مثل التكلم به[5]، واللفظ ينتظمها[6]، فإذا نوى التكلم به، فقد نوى الخصوص فى العام، فيديّن ديانة، لا قضاء.

أما الذبح والضرب ففعل حسّى يعرف بأثره، والنسبة[7] إلى الآمر بالتسبيب مجازًا، فإذا نوى[8] الفعل بنفسه، فقد نوى الحقيقة، فيصدق ديانةً وقضاءً. ومن حلف لا يضرب ولده، فأمر إنسانًا، فضربه لم يحنث فى يمينه؛ لأن منفعة ضرب الولد عائدة إليه، وهو التأدب والتثقف[9]، فلم ينسب فعله[10] إلى الآمر، بخلاف الأمر بضرب العبد؛ لأن منفعته الائتمار بأمره[11]، فيضاف الفعل إليه[12].

---

(١) أى صدق.

(٢) حيث لا يصدق فى القضاء هناك.

(٣) قوله: "ووجه الفرق إلخ" هو الفرق الموعود بقوله: سنشير، وحاصله أنه إذا نوى الخصوص فى العموم يصدق ديانة لا قضاء؛ لأنه خلاف الظاهر، وفيه تخفيف عليه، وإذا نوى الحقيقة المستعملة صدق قضاء وديانة، وإن كان فى ذلك تخفيف عليه؛ لأن الكلام يصرف إلى حقيقته بغير نية، وإذا وجدت النية، كان الصرف إليها أولى. (عناية)

(٤) الطلاق.

(٥) الطلاق.

(٦) قوله: "واللفظ ينتظمها" أى ينتظم التكلم بذلك، والأمر بذلك؛ لأن المأمور كالرسول، ولسان الرسول كلسان المرسل بالإجماع، فيكون النطق بلسانه كالنطق بنفسه. (عينى)

(٧) أى نسبة الفعل.

(٨) الحالف.

(٩) يقال: ثقفت الرمح فتثقف أى سويته فاستوى. (عينى)

(١٠) المأمور.

(١١) الآمر.

ومن قال لغيره: إن بعت لك هذا الثوب، فامرأته طالق، فلبّس المحلوف عليه ثوبه في ثياب الحالف فباعه، ولم يعلم لم يحنث؛ لأن حرف اللام دخل على البيع، فيقتضى اختصاصه[1] به[2]، وذلك بأن يفعله[3] بأمره[4]؛ إذ البيع يجرى فيه النيابة ولم يوجد[5].

بخلاف ما إذا قال: إن بعت ثوبًا لك حيث يحنث إذا باع ثوبًا مملوكًا له، سواء كان بأمره أو بغير أمره، علم بذلك أو لم يعلم؛ لأن حرف اللام دخل على العين[6]؛ لأنه[7] أقرب[8] إليه[9]، فيقتضى اختصاصَ العين به[10]، وذلك[11] بأن يكون[12] مملوكًا له، ونظيره[13] الصياغة[14] والخياطة، وكلُّ ما يجرى فيه النيابة[15]، بخلاف الأكل والشرب، وضرب الغلام[16]؛

(١٢) الآمر.

(١) البيع.

(٢) أى بالمحلوف عليه.

(٣) البيع.

(٤) المحلوف عليه.

(٥) أى الأمر فلا يحنث.

(٦) الثوب.

(٧) العين.

(٨) من الفعل.

(٩) حرف اللام.

(١٠) أى بالمحلوف عليه.

(١١) أى الاختصاص.

(١٢) العين.

(١٣) البيع.

(١٤) زرگرى.

(١٥) كالكتابة والهبة والصدقة. (عينى)

لأنه[١] لا يحتمل النيابة[٢]، فلا يفترق[٣] الحكم فيه فى الوجهين.

ومن قال: هذا العبد حرّ إن بعتُه، فباعه على أنه بالخيار عتق[٤]؛ لوجود الشرط، وهو البيع والملك فيه قائم[٥]، فينزل الجزاء.

وكذلك لو قال المشترى: إن اشتريتُه فهو حر، فاشتراه على أنه بالخيار يعتق أيضًا؛ لأن الشرط[٦] قد تحقق، وهو الشراء والملك قائم فيه[٧]، وهذا[٨] على أصلهما[٩] ظاهر[١٠]، وكذا على أصله[١١]؛ لأن هذا العتق بتعليقه، والمعلَّق كالمنجز، ولو نَجّز[١٢] العتق يثبت الملك[١٣] سابقًا عليه،

(١٦) قوله: "وضرب الغلام" والمراد بالغلام إما العبد: كما ذكره فى "الجامع الصغير" لقاضى خان، وإما الولد: كما ذكره فى "الفوائد الظهيرية"، وهذا هو الصواب؛ لأن ضرب العبد يحتمل النيابة، ولهذا لو حلف لا يضرب عبده، فأمر غيره بضربه حنث؛ لأن المنفعة تعود إليه. (عناية)

(١) أى لأن كل واحدة من هذه الأشياء الثلاثة. (عينى)

(٢) قوله: "لا يحتمل النيابة" بل يحنث إذا فعله سواء كان بأمره، أو بغير أمره؛ لأن الفعل إذا لم يحتمل النيابة لم يكن انتقاله إلى غير الفاعل، فيكون الأمر وعدمه سواء، فتعين أن يكون اللام لاختصاص العين؛ صونا للكلام من الإلغاء. (عناية)

(٣) قوله: "فلا يفترق الحكم" أى لا يفترق حكم الحنث فيما لا يجرى فيه النيابة كالأكل والشرب وضرب الغلام فى الوجهين يعنى إذا قدم الأمر أو أخر بأن قال: إن أكلت لك طعامًا، أو شربت لك شرابًا، أو قال: طعامًا لك، أو شرابًا لك. (عينى)

(٤) وإذا كان البيع باتًّا لا يعتق لزوال العبد عن ملكه بعد البيع، كذا فى "العناية". (عبد)

(٥) قوله: "والملك فيه[العبد] قائم" لأن خيار البائع يمنع خروج المبيع عن ملكه بالاتفاق. (عناية)

(٦) أى الشراء.

(٧) العبد.

(٨) أى قيام الملك.

(٩) الصاحبين.

(١٠) قوله: "ظاهر" لأن خيار المشترى لا يمنع ثبوت الملك له عندهما. (ع)

(١١) الإمام.

(١٢) بعد الشراء بالخيار.

(١٣) بفسخ الخيار. (عناية)

فكذا هذا. ومَن قال: إن لم أبع هذا العبد، أو هذه الأمة فامرأته طالق، فأعتق أو دبّر طلّقت امرأته[١]؛ لأن الشرط قد تحقق، وهو عدم البيع؛ لفوات محلية البيع. وإذا قالت المرأة لزوجها: تزوجتَ عليّ، فقال: كل امرأة لى طالق ثلاثًا طلقت هذه التى حلَّفته فى القضاء.

وعن أبى يوسف أنها[٢] لا تطلق؛ لأنه[٣] أخرجه جوابًا، فينطبق عليه، ولأن غرضه[٤] إرضاءها، وهو بطلاق غيرها[٥] فيتقيد به[٦].

ووجه الظاهر عموم الكلام، وقد زاد على حرف الجواب[٧]، فيُجعل[٨] مبتدئًا[٩]، وقد يكون[١٠] غرضه إيحاشها[١١] حين اعترضت

---

(١) قوله: "طلقت امرأته" وهذا فى إعتاق العبد ظاهر، وأما فى التدبير والأمة فلا بد من بيان؛ لأن المدبر يجوز بيعه إذا قضى القاضى بجواز بيعه، والأمة يجوز أن ترتد، فتسبى بعد اللحاق بدار الحرب، وذلك أن يقال: بيع المدبر لا يجوز.

فالظاهر أن المسلم لا يقدم عليه، فإن أقدم فالظاهر أن القاضي لا يقدم على القضاء بما لا يجوز، ومع ذلك فالأصل عدم ما يحدث، فكان عدم فوات المحلية بناء على جوار القضاء ببيعه مخالفًا للظاهر من كل وجه، فلا يكون معتبرا.

وأما الأمة فإن من مشايخنا رحمهم الله تعالى من قال: لا تطلق امرأته فى التعليق بعدم بيعها باعتبار هذا الاحتمال.

والصحيح أنها تطلق؛ لأنه إنما عقد يمينه على البيع باعتبار هذا الملك، وقد انتهى ذلك الملك بالإعتاق والتدبير. (عناية)

(٢) أى أن التى حلفته.

(٣)قوله: "لأنه" أى لأن الزوج أخرجه أى أخرج الكلام جوابا لكلام المرأة، فينطبق الجواب عليه أى على السؤال، فكأنه قال: كل امرأة لى غيرك تزوجتها طالق ثلاثًا، فيكون المحلفة مستثناة من عموم اللفظ دلالة، فينصرف الطلاق إلى غيرها. (عينى)

(٤) الزوج.

(٥) لا بطلاق نفسها.

(٦) أى بطلاق الغير.

(٧) قوله: "وقد زاد على حرف الجواب" أى أصله؛ لأنه لو أراد الجواب المطابق لقال: إن فعلت، فهى طالق: فلما ذكر كلمة كل دل على أن مراده العموم، فيعمل بعموم اللفظ دون خصوص السبب. (عناية)

(٨) الحالف.

عليه(١) فيما أحلّه الشرع، ومع التردّد(٢) لا يصلح مقيّدا، وإن نوى غيرها(٣) يصدق ديانة، لا قضاءً؛ لأنه تخصيص العَام.

باب اليمين(٤) فى الحج والصلاة والصوم

قال(٥): ومَن قال -وهو فى الكعبة أو فى غيرها-: عليّ المشى إلى بيت الله تعالى، أو إلى الكعبة، فعليه حجة، أو عمرة ماشيًا(٦)، وإن شاء ركب، وأهرق دمًا، وفى القياس لا يلزمه(٧) شيء؛ لأنه التزم ما ليس بقربةٍ واجبة(٨) ولا مقصودةٍ فى الأصل، ومذهبنا مأثور عن على(٩)*،

---

(٩) للكلام.

(١٠) جواب عن قوله: بأن الغرض إرضاءها. (عناية)

(١١) المحلفة.

(١) الزوج.

(٢) قوله: "ومع التردد" يعنى بين أن يكون غرضه إرضاءها، وبين أن يكون إيحاشها، لا يصلح مقيداً لطلاق غيرها. (عينى)

(٣) المحلفة.

(٤) قوله: "باب إلخ" قدم هذا الباب على باب اللبس وغيره، لأن فى هذا ذكر العبادات، وذكرها مقدم على غيرها، وإنما تأخر عما تقدم لكثرة وقوع ذلك. (ع)

(٥) أى محمد فى "الجامع الصغير". (عينى)

(٦) قوله: "فعليه حجة أو عمرة إلخ" فإن لم يكن بمكة فظاهر، وإن كان بها، واختار الحج يحرم من الحرم، ويخرج إلى عرفات ماشياً، فإن ركب لزمه شاة، وإن اختار العمرة، خرج إلى التنعيم ويحرم بالعمرة، ولم يذكر محمد أنه يخرج إلى التنعيم ماشيًا، أو راكبًا.

وقد اختلف المشايخ فيه قال بعضهم: جاز له أن يركب وقت الرواح إلى التنعيم؛ لأن الرواح إليه ليس بمشى إلى بيت الله تعالى، وإنما المشى إليه وقت الرجوع، وقال بعضهم: يمشى وقت الرواح أيضًا؛ لأن الرواح إليه للإحرام، فكان مشيًا إلى بيت الله تعالى. (ع)

(٧) بهذا النذر.

(٨) قوله: "لأنه التزم ما ليس بقربة واجبة" لأن المشى أمر مباح، ولا مقصودة فى الأصل يعنى لذاته؛ لأن المقصود منه شيء آخر، لا نفسه، فكان القياس أن يكون النذر به باطلا، لكن تركناه بالأثر والعرف. (عناية)

ولأن الناس تعارفوا إيجابَ الحج والعمرة[١] بهذا اللفظ[٢]، فصار كما إذا قال: عليّ زيارة البيت ماشيًا، فيلزمه ماشيًا، وإن شاء ركب، وأهرق دمًا، وقد ذكرناه في المناسك[٣].

ولو قال: عليّ الخروج، أو الذهاب إلى بيت الله تعالى، فلا شيء عليه؛ لأن التزام الحج والعمرة بهذا اللفظ غير متعارف[٤]. ولو قال: عليّ المشي إلى الحرم، أو إلى الصفا والمروة، فلا شيء عليه، وهذا عند أبي حنيفة. وقال أبو يوسف ومحمد في قوله: علي المشي إلى الحرم حجة، أو عمرة، ولو قال: إلى المسجد الحرام، فهوعلى هذا الاختلاف[٥]. لهما أن الحرم شامل على البيت بالاتصال، وكذا المسجد الحرام شامل على البيت، فصارذكره كذكره[٦] بخلاف الصفا والمروة؛ لأنهما منفصلان عنه[٧].

وله أن التزام الإحرام بهذه العبارة غير متعارف[٨]، ولا يمكن إيجابه

---

(٩) قوله: "مأثور عن علي" روى البيهقي في "المعرفة" من طريق الشافعي عن الحسن بن علي رضي الله عنه في رجل يحلف على حجة المشي، قال: يمشي فإن عجز ركب، وأهدى بدنة.

وروى عن عبد الرزاق في "مصنفه" عن علي رضي الله عنه فيمن نذر أن يمشي إلى البيت، قال: يمشي، فإذا عجز ركب، ويهدي جزورًا. (عناية)

* راجع نصب الراية ج٣ ص٣٠٥، والدراية ج٢، الحديث ٦٣٦ ص٩٣. (نعيم)

(١) قوله: "تعارفوا إلخ" وإيجاب الحج أو العمرة بهذا النذر بطريق المجاز من باب ذكر السبب وإرادة المسبب، ولهذا لم يفرق بين أن يكون الناذر في الكعبة، أو في غيرها. (عناية)

(٢) أي بقوله: على المشي إلى بيت الله، وإلى الكعبة. (عيني)

(٣) أي قبل كتاب النكاح. (عيني)

(٤) فكان باقيًا على القياس. (عناية)

(٥) قوله: "فهو على هذا الاختلاف" أي الاختلاف المذكور بين أبي حنيفة وصاحبيه. (عيني)

(٦) قوله: "فصار ذكره كذكره" أي صار ذكر كل واحد من الحرم، إذ المسجد الحرام كذكر البيت.(ب)

(٧) فلم يكن ذكرهما كذكر البيت.

(٨) فيعمل بالقياس، وهو عدم الوجوب. (عيني)

باعتبار حقيقة اللفظ[1]، فامتنع أصلا.

ومن قال: عبدى حر إن لم أحج العام، فقال: حججت وشهد شاهدان على أنه ضحى العامَ بالكوفة، لم يعتق عبده، وهذا عند أبى حنيفة وأبى يوسف. وقال محمد: يعتق؛ لأن هذه شهادة قامت على أمر معلوم، وهو التضحية[2]، ومن ضرورته انتفاء الحج، فيتحقق الشرط.

ولهما أنها قامت[3] على النفى[4]؛ لأن المقصود منها[5] نفى الحج، لا إثبات التضحية؛ لأنه لا مطالب لها، فصار كما إذا شهدوا[6] أنه لم يحج غاية الأمر[7] أن هذا النفى مما يحيط، علم الشاهد به، ولكنه لا يميّز بين نفى، ونفى تيسيرًا.

ومن حلف لا يصوم، فنوى الصوم، وصام ساعة، ثم أفطر من يومه حنث؛ لوجود الشرط؛ إذ الصوم هو الإمساك عن المفطِرات[8] على قصد التقرب.

(١) قوله: "باعتبار حقيقة اللفظ" أى لفظ المشى؛ لأن اللفظ لم يوضع له، والعرف أيضًا منتفٍ، ولما انتفت الدلالة على الإيجاب حقيقة وعرفًا، امتنع الإيجاب أصلا، فلا يلزم شىء. (عينى)

(٢) العام بالكوفة.

(٣) الشهادة.

(٤) فلا تقبل. (عينى)

(٥) الشهادة.

(٦) فإن هذه الشهادة لا تقبل، كذا هذا. (عينى)

(٧) قوله: "غاية الأمر إلخ" جواب عن سؤال، وهو أن يقال: إنما لا تقبل الشهادة على النفى؛ إذ لم يكن الشاهد عالما بالنفى، أما إذا كان عالما، والشىء مما يعلم ويحاط، تقبل الشهادة على النفى، وفيما نحن فيه كذلك.

وتقرير الجواب: أن غاية الأمر أن هذا النفى، وهو قول الشهود: إنه لم يحج العام يحيط علم الشاهد به، ولكنه لا يميز أى لا يفرق بين نفى ونفى، بأن يقال: يقبل فيما إذا كان النفى مما يعلم ويحاط، ولا يقبل فيما لا يعلم ولا يحاط، بل لا يقبل فى كل النفى تيسيرا، ودفعا للحرج عن الناس. (عينى)

(٨) الأكل والشرب والجماع. (عينى)

ولو حلف لا يصوم يومًا، أو صومًا، فصار ساعة، ثم أفطر لا يحنث؛ لأنه يراد به الصوم التام المعتبر شرعًا، وذلك بإنهاءه[1] إلى آخر اليوم، واليوم صريح فى تقدير المدة به.

ولو حلف لا يصلى، فقام وقرأ وركع لم يحنث، وإن سجد مع ذلك، ثم قطع حنث، والقياس أن يحنث بالافتتاح؛ اعتبارًا بالشروع فى الصوم[2]. وجه الاستحسان أن الصلاة عبارة عن الأركان المختلفة[3]، فما لم يأتِ بجميعها لا يسمى صلاةً، بخلاف الصوم؛ لأنه ركن واحد، وهو الإمساك، ويتكرر فى الجزء الثانى، ولو حلف لا يصلى صلاة لا يحنث ما لم يصلّ ركعتين[4]؛ لأنه يراد به الصلاة المعتبرة شرعًا، وأقلها ركعتان للنهى عن البُتَيراء[5].

باب اليمين[6] فى لبس الثياب والحُلِيّ[7]، وغير ذلك[8]

ومن قال لامرأته: إن لبست من غزلك فهو هدى[9]، فاشترى قطنًا،

---

(١) أى بإتمامه. (عينى)

(٢) فإن فى الصوم يحنث بمجرد الشروع، فكذا هذا. (عينى)

(٣) من التكبير والقيام والقراءة والركوع والسجود. (عينى)

(٤) أى مع القعدة.

(٥) قوله: "للنهى عن البتيراء" قد ذكر المصنف حديث البتيراء فى كتاب الصلاة فى باب صلاة الوتر، وأخرجه ابن عبد البر فى "كتاب التمهيد": «أن رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم نهى عن البيتراء»، وهى أن يصلى الرجل واحدة يوتر بها.
وقال صاحب "المغرب": البتيراء تصغير البتراء تأنيث الأبتر، وهو فى الأصل مقطوع الذنب، ثم جعل عبارة عن الناقص. (عينى)

(٦) قوله: "باب اليمين إلخ" قدم يمين لبس الثياب وغيره على اليمين فى الضرب والقتل، إما لأن يمين لبس الثياب أكثر وجودًا منه، وإما لأن اليمين به مشروع وجودًا وعدمًا، بخلاف الضرب والقتل. (ع)

(٧) جمع حلى.

(٨) مثل الحلف على أنه لا يجلس على الأرض.

(٩) أى صدقة أتصدق بها على فقراء مكة. (عينى)

فغزلته فنسجته فلبسه، فهو هدى عند أبى حنيفة.

وقالا: ليس عليه أن يهدى حتى تغزل[١] من قطن ملكه يوم حلف، ومعنى الهدى التصدق به بمكة؛ لأنه اسم لما يهدى إليها. لهما أن النذر إنما يصح فى الملك[٢]، أو مضافًا إلى سبب الملك، ولم يوجد[٣]؛ لأن اللبس وغزل المرأة ليسا من أسباب ملكه[٤]. وله أن غزل المرأة عادة يكون من قطن الزوج، والمعتاد هو المراد[٥]، وذلك سبب لملكه، ولهذا يحنث إذا غزلت من قطنٍ مملوكٍ له وقت النذر؛ لأن القطن لم يصر مذكورًا.

ومن حلف لا يلبس حليًا[٦]، فلبس خاتم فضة لم يحنث؛ لأنه ليس بحلى عرفًا، ولا شرعًا، حتى أبيح استعماله للرجال، والتختم به لقصد الختم[٧]، وإن كان[٨] من ذهب حنث[٩]؛ لأنه حلى، ولهذا لا يحل

(١) أى امرأته.

(٢) لقوله عليه السلام: «لا نذر فى ما لا يملكه ابن آدم». (عينى)

(٣) أى واحد منهما.

(٤) قوله: "ليسا من أسباب إلخ" فلا يصح اليمين فى حق القطن المشترى بعد الحلف. (عينى)

(٥) قوله: "والمعتاد هو المراد [فى الأيمان]" يعنى فصار كأنه قال: من قطنى، أو من قطن سأملكه، وذلك سبب، أى الغزل من قطن الزوج سبب لملكه أى الزوج لما غزلته، ولهذا إيضاح لقوله: وذلك سبب لملكه يعنى أنها إذا غزلت من قطن مملوك للزوج وقت الحلف، كان ذلك سببًا؛ لأن يملك الزوج غزلها مع أن القطن ليس بمذكور هناك، وما ذلك إلا باعتبار أن غزل المرأة سبب لملك الزوج؛ لما غزلته فى العرف، والعرف لا يفرق بين أن يكون القطن مملوكًا وقت الحلف، أو لم يكن. (عناية)

(٦) قوله: "لا يلبس حليًا" بفتح الحاء وسكون اللام، وهو ما تتحلى به النساء من ذهب، أو فضة، أو جوهر، واستدل بإباحة استعماله للرجال على أن الخاتم من فضة ليس بحلى؛ لأنه لو كان حليًا لحرم على الرجال؛ لأن التزين بالذهب والفضة حرام على الرجال.
ولما جاز التختم بالفضة لهم لقصد الختم له، أو لغيره لم يكن حليًا، أو كان ناقصًا فى كونه حليًا، فكان مباحًا. (ع)

(٧) لا لأجل الزينة.

(٨) الخاتم.

(٩) قوله: "حنث" يعنى كيف ما كان يعنى سواء كان فيه فص، أو لم يكن. (عناية)

استعماله للرجال. ولو لبس عِقد[١] لؤلؤ غير مرصّع[٢] لا يحنث عند أبى حنيفة، وقالا: يحنث؛ لأنه حَلى حقيقة، حتى سمى به فى القرآن[٣].

وله أنه[٤] لا يتحلى به عرفًا إلا مرصّعًا، ومبنى الأيمان على العرف، وقيل: هذا اختلاف عصر وزمان[٥]، ويفتى بقولهما؛ لأن التحلى به[٦] على الانفراد معتاد. ومن حلف لا ينام على فراشٍ[٧]، فنام عليه و فوقه[٨] قِرَام[٩] حنث؛ لأنه تبع للفراش، فيعد نائما عليه، وإن جُعل فوقه فراش آخر، فنام عليه لا يحنث؛ لأن مثل الشيء لا يكون تبعًا له، فينقطع النسبة عن الأول. ولو حلف لا يجلس على الأرض، فجلس على بساط، أو حصير لم يحنث؛ لأنه لا يسمى جالسًا على الأرض، بخلاف ما إذا حال بينه[١٠] وبين الأرض لباسه[١١]؛ لأنه تبع له[١٢]، فلا يعتبر حائلا.

---

(١) بالكسر هو القلادة. (عناية)

(٢) قوله: "غير مرصع" والترصيع التركيب يقال: تاج مرصع بالجواهر. (عناية)

(٣) قوله: "حتى سمى به [أى بالحلى] فى القرآن" يريد به قوله تعالى: ﴿يحلون فيها من أساور من ذهب ولؤلؤا﴾ جعل اللؤلؤ حليًا بجعله تفسيرًا لقوله تعالى: ﴿يحلون﴾. (عناية)

(٤) أى أن اللؤلؤ.

(٥) لا اختلاف برهان.

(٦) أى باللؤلؤ.

(٧) قوله: "على فراش" يريد به على فراش بعينه بدليل قوله: وإن جعل فوقه فراشًا آخر لا يحنث؛ فإنه لو كان على حقيقته منكرًا يحنث فى هذه الصورة أيضًا؛ لأنه نام على فراش. (عناية)

(٨) الواو حالية.

(٩) قوله: "قرام [پردهٔ رقيق]" بكسر أول پردهٔ تنک وباريک، وبمعنى پرده منقش نيز، نوشتهٔ از "منتخب" و "كشف" و "مدار". (غث)

(١٠) الحالف.

(١١) فجلس على لباسه حنث.

(١٢) قوله: "لأنه [أى لأن لباس الحالف تبع للحالف. عينى] تبع له" يشير إلى أنه لو نزع ثيابه، وطرحه

وإن حلف لا يجلس على سرير، فجلس على سرير فوقه بساطٌ، أو حصيرٌ حنث؛ لأنه يعد جالسًا عليه[١]، والجلوسُ على السرير فى العادة كذلك[٢]، بخلاف ما إذا جعل فوقه سريرًا آخر[٣]؛ لأنه[٤] مثل الأول، فقطع النسبة عنه[٥].

باب اليمين[٦] فى القتل والضرب و غيره[٧]

ومن قال: إن ضربتك فعبدى حر، فهو على الحياة[٨]؛ لأن الضرب اسم لفعل مؤلم لم يتصل بالبدن، والإيلام لا يتحقق فى الميت، ومن يعذب[٩] فى القبر بوضع فيه الحياة[١٠] فى قول العامة[١١]، وكذلك الكسوة[١٢]؛ لأنه يراد به[١٣] التمليك عند الإطلاق، ومنه الكسوة فى

على الأرض، وجلس عليه لم يحنث؛ لأنه حينئذٍ لم يبقَ ثوبه تبعًا له، فصار بمنزلة البساط والحصير. (عناية)

(١) السرير.

(٢) قوله: "كذلك" ألا ترى أنهم يقولون: جلس الأمير على السرير، وإن كان فوق السرير بساطًا، فيعدونه تابعا للسرير. (عينى)

(٣) وجلس على الآخر فلا يحنث.

(٤) الآخر.

(٥) الأول.

(٦) قوله: "باب اليمين إلخ" قد تقدم وجه ذكر المناسبة فى الباب المتقدم. (عناية)

(٧) مثل الغسل. (عناية)

(٨) أى على كون المخاطب حيًا، فلو مات وضربه لا يحنث.

(٩) قوله: "ومن يعذب إلخ" جواب عما يقال فى قولكم: الإيلام لا يتحقق فى الميت يشكل بعذاب الميت فى القبر.

(١٠) قوله: "توضع فيه الحياة" ثم اختلفوا، فقيل: توضع فيه الحياة بقدر ما يتألم لا الحياة المطلقة، وقيل: توضع فيه الحياة من كل وجه. (عينى)

(١١) قوله: "فى قول العامة" احتراز عن قول الكرامية، والصالحية –وهم قوم ينسبون إلى أبى الحسين الصالحى– فإنهم لا يشترطون الحياة شرطا لتعذيب للميت. (عينى)

(١٢) قوله: وكذلك الكسوة "يعنى وإن قال: إن كسوتك فعبدى حر، فكساه بعد الموت لا يحنث. (عناية)

الكفارة[١]، وهو من الميت لا يتحقق إلا أن ينوى به الستر[٢]، وقيل[٣] بالفارسية: ينصرف إلى اللبس[٤]. وكذا الكلام والدخول[٥]؛ لأن المقصود من الكلام الإفهام[٦]، والموتُ ينافيه، والمراد من الدخول عليه زيارتُه، وبعد الموت يزار قبره، لا هو.

ولو قال: إن غسلتك فعبدى حر، فغسله بعد ما مات يحنث؛ لأن الغسل هو الإسالة، ومعناه التطهير، ويتحقق ذلك[٧] فى الميت. ومن حلف لا يضرب امرأته، فمدّ شعرها، أو خنقها، أو عَضّها حنث؛ لأنه[٨] اسم لفعل[٩] مؤلم، وقد تحقق الإيلام،[١٠] وقيل: لا يحنث فى حال الملاعبة[١١]؛ لأنه يسمى ممازحةً، لا ضربًا.

---

(١٣) أى بالكسوة. (عناية)

(١) قوله: "ومنه الكسوة فى الكفارة" أى فى كفارة اليمين قال الله عز وجل: ﴿أو كسوتهم﴾، فلو أنه كسا عشرة أموات عن كفارة يمينه لم يجزه؛ لعدم التمليك. (عينى)

(٢) فحينئذٍ يحنث؛ لأن فيه تشديداً عليه. (عناية)

(٣) قائله: أبو الليث. (عناية)

(٤) قوله: "ينصرف إلى اللبس" يعنى أن اليمين المذكور إذا كانت باللغة الفارسية ينصرف إلى اللبس يعنى يراد به اللبس، ولا يراد به التمليك. (عينى)

(٥) قوله: "وكذا الكلام إلخ" يعنى إذا حلفْ لا يكلم فلانًا، أو حلف لا يدخل على فلان فكلمه، أو دخل عليه بعد ما مات لا يحنث فى يمينه. (ع)

(٦) قوله: "لأن المقصود إلخ" فإن قيل: قد روى أن رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم كلم أصحاب القليب حيث سماهم بأسماءهم، فقال: «هل وجدتم ما وعد ربكم حقًا فقد وجدت ما وعدنى ربى حقًا»، أجيب بأن ذلك كان معجزة له صلى الله عليه وعلى آله وسلم. (عناية)

(٧) قوله: "ويتحقق ذلك [التطهير] إلخ" فإنه لو صلى على ميت قبل الغسل لم يجز، وبعده يجوز.(ب)

(٨) الضرب.

(٩) يتصل بالبدن. (عناية)

(١٠) فى هذه الأفعال. (عناية)

(١١) وإن أوجعها. (عناية)

ومن قال: إن لم أقتل فلانًا، فامرأته طالق، وفلانٌ ميت، وهو[١] عالم به[٢] حنث[٣]؛ لأنه[٤] عقد يمينَه على حياةٍ يُحدثها الله تعالى فيه[٥]، وهو[٦] متصور فينعقد[٧]، ثم يحنث للعجز[٨] العادى[٩]. وإن لم يعلم[١٠] لا يحنث؛ لأنه عقد يمينه على حياة كانت فيه، ولا يتصور[١١] فيصير[١٢] قياس مسألة الكوز على الاختلاف، وليس فى تلك المسألة تفصيل العلم، هو الصحيح[١٣].

باب اليمين[١٤] فى تقاضى[١٥] الدراهم

قال[١٦]: ومن حلف ليقضين دينه إلى قريب، فهو ما دون الشهر، وإن

---

(١) الحالف.

(٢) أى بموت فلان.

(٣) ووقع الطلاق.

(٤) أى لأن الحالف.

(٥) أى فى الفلان الميت.

(٦) أى الحياة.

(٧) اليمين.

(٨) عن قتله.

(٩) منسوب إلى العادة.

(١٠) أى الحالف موت فلان.

(١١) البر فلا يتصور الحنث. (عينى)

(١٢) قوله: "فيصير" أى حكم هذه المسألة قياس مسألة الكوز، إذا حلف إن لم أشرب الماء الذى فى هذا الكوز اليوم، فامرأته طالق على الاختلاف المذكور فيها، وهو أن عندهما لا يحنث، وعند أبى يوسف يحنث، كما قال فى مسألة الكوز؛ لأن تصورالبر ليس بشرط عنده، وقد مرتقريره فى باب اليمين فى الأكل والشرب. وليس فى تلك المسألة أى فى مسألة الكوزتفصيل العلم يعنى أنه لا يقال فيها: إنه علم، أولم يعلم يعنى سواء علم عدم الماء فى الكوز أولم يعلم، بخلاف قتل فلان، فإنه إذا علم بموته يحنث، وإذا لم يعلم بموته لايحنث.(ب)

(١٣) قوله: "هو الصحيح" احتراز عما ذكر فى "شرح الطحاوى" فقال فيه: ولو كان يعلم أن الكوز لا ماء فيه، فحلف وقال: إن لم أشرب الماء الذى فى هذا الكوز اليوم، فامرأته طالق حنث بالاتفاق. (عناية)

(١٤) قوله: "باب اليمين إلخ" لما كانت الدراهم من الوسائل دون المقاصد فى المعاملات وغيرها أخر اليمين التى تتعلق بها، وخص الدراهم بالذكر؛ لكونها أكثر استعمالا. (عناية)

(١٥) يعنى استيفاء الدراهم، وهو الطلب بالقضاء. (عينى)

(١٦) أى القدورى. (عينى)

قال: إلى بعيد فهو أكثر من الشهر؛ لأن ما دونه يُعدّ قريبًا، والشهر وما زاد عليه يعدّ بعيدا، ولهذا يقال: عند بعد العهد ما لقيتك منذ شهر.

ومَن حلف ليقضين فلانًا دينَه اليوم فقضاه، ثم وَجد فلانٌ بعضها زيوفًا[١]، أو بنهرجةً[٢]، أو مستَحَقّةً[٣] لم يحنث الحالف؛ لأن الزيافة عيب، والعيب لا يعدم الجنس[٤]، ولهذا[٥] لو تجوز به صار مستوفيًا، فوجد شرط البَرّ[٦]، وقبضُ المستحقة صحيح[٧]، ولا يرتفع[٨] برده البر المتحقق. وإن وجدها رصاصًا، أو ستوقة[٩] حنث؛ لأنهما ليسا من جنس الدراهم، حتى لا يجوز[١٠] التجوز بهما في الصرف والسلم.

وإن باعه بها[١١] عبدًا، وقبضه بر في يمينه؛ لأن قضاءَ الدين طريقُه

(١) قوله: "زيوفًا" جمع زيف، وهو ما زيفه بيت المال، ولكن يروج فيما بين التجار، وهو من زافت عليه دراهم أي صارت مردودة عليه. (عيني)

(٢) قوله: "أو بنهرجة" البنهرجة ما يرده التجار لغش فيه، وهو أردى أ من الزيف. (عيني)

(٣) أي استحقها شخص. (عيني)

(٤) يعني اسم الدراهم.

(٥) قوله: "ولهذا" أي لعدم زوال اسم الدراهم بهذه الأوصاف لو تجوز بها، أي لو تسامح القابض بالدراهم الزيوف، والبنهرجة صار مستوفيًا حقه. (عيني)

(٦) يعني قضاء دينه اليوم. (عناية)

(٧) قوله: "صحيح" ألا يرى أنه لو اشترى بها شيئًا، فأخذها المستحق بقي البيع صحيحًا، ولو لم يصح قبض المستحقة؛ لبطل البيع؛ لكونه بلا ثمن. (عناية)

(٨) قوله: "ولا يرتفع برده" أي برد ما قبض من الزيوف والبنهرجة، والمستحقة البر المتحقق؛ لأن اليمين لما انحلت بوجود الشرط لم يقبل الفسخ والانتقاض. (عناية)

(٩) قوله: "أو ستوقة" بفتح السين فارسية معربة ومعناها ثلاث طاقات؛ لأنها صفر مموه من الجانبين بالفضة، وقيل: الستوقة أردى من البنهرجة، وعن الكرخي: الستوقة عندهم ما كان الصفر أو النحاس غالبًا. (عيني)

(١٠) قوله: "حتى لا يجوز إلخ" أي حتى لا يجوز التسامح بهما في ثمن الصرف، وكذا في السلم؛ لأنها ليست من جنس الدراهم.

(١١) قوله: "وإن باعه بها" أي إن باع الحالف المديون رب الدين بالدراهم التي لرب الدين عبدًا، وقبضه

المقاصة[١]، وقد تحققت بمجرد البيع[٢]، فكأنه شرط القبض[٣]؛ ليتقرر به، وإن وهبها له[٤] يعنى الدين لم يبر[٥]؛ لعدم المقاصة؛ لأن القضاء[٦] فعله[٧]، والهبة إسقاط[٨] من صاحب الدين. ومَن حلف لا يقبض دينه درهمًا دون درهم، فقبض بعضَه لم يحنث حتى يقبض جيمعَه متفرقًا؛ لأن الشرط[٩] قبض الكل، لكنه بوصف التفرق، ألا يرى أنه[١٠] أضاف القبضَ إلى دينٍ معرّفٍ مضافٍ إليه[١١]، فينصرف إلى كلّه، فلا يحنث إلا به[١٢].

أى قبض العبد رب الدين. (عينى)

(١) قوله: "طريقه المقاصة" بيانه أن ما يقبضه رب الدين يصير مضمونًا عليه؛ لأنه يقبضه لنفسه على وجه التمليك، ولرب الدين على المديون مثله أى مثل ما فى ذمته، فيلتقيان قصاصا، وإنما كان طريق قضاء الدين المقاصة؛ لأن قضاء الدين حقيقة لا يتصور؛ لأن القضاء يصادف العين، وحق صاحب الدين وصف فى الذمة، ولهذا قالوا: الديون تقضى بأمثالها. (عناية)

(٢) قوله: "وقد تحققت بمجرد البيع" لأن ثمن العبد آخر الدينين، فيكون قضاء عن الأول. (عناية)

(٣) قوله: "فكأنه [محمد] إلخ" كأنه إشارة إلى الجواب عما يقال: لو تحققت المقاصة بمجرد البيع؛ لما قال محمد فى "الجامع الصغير": ويقبضه.

ووجهه أن اشتراط القبض ليكون هذا الدين مثل الدين الذى للمشترى عليه؛ لأن ماله من الدين عليه متقرر، وثمن العبد غير متقرر قبل القبض؛ لأنه على شرف السقوط بموته، فإذا قبضه صار متقرراً، فيكون مثله فيتقاصان. (عناية)

(٤) أى إن وهب الدائن دراهم الدين للمديون. (عينى)

(٥) قوله: "لم يبر [الحالف]" إنما قال: لم يبر؛ لأنه أعم اسم من الحنث، فكأنه أشار بذلك إلى أنه لم يبر ولم يحنث عند أبى حنيفة رحمه الله ومحمد؛ لفوات المحلوف عليه وهو الدين، وفوات المحلوف عليه عندهما جهة فى بطلان اليمين، كما فى مسألة الكوز على ما تقدم. (عناية)

(٦) المحلوف عليه.

(٧) المديون.

(٨) وليس فعل الحالف.

(٩) أى شرط الحنث. (عينى)

(١٠) الحالف.

(١١) الحالف.

(١٢) قوله: "إلا به" أى بالشرط المذكور، وهو قبض الكل متفرقًا. (عينى)

فإن قبض دينَه في وزنين، ولم يتشاغل بينهما إلا بعمل الوزن لم يحنث، وليس ذلك بتفريق؛ لأنه قد يتعذر قبض الكل دفعةً واحدةً عادة، فيصير هذا القدر مستثنى عنه.

ومن قال: إن كان لي إلا مائة درهم، فامرأته طالق، فلم يملك إلا خمسين درهمًا لم يحنث؛ لأن المقصود منه عرفا نفي ما زاد على المائة، ولأن استثناء المائة استثناءها بجميع أجزاءها[١]، وكذلك لو قال: غير مائة أو سوى مائة؛ لأن كلّ ذلك أداة الاستثناء[٢].

مسائل متفرقة[٣]

وإذا حلف لا يفعل كذا تركه أبدًا؛ لأنه نفي الفعل مطلقًا، فعم الامتناعُ ضرورة عموم النفي.

وإن حلف ليفعلن كذا، ففعله مرة واحدة برّ في يمينه؛ لأن الملتَزم فعلٌ واحدٌ غير عينٍ؛ إذ المقام مقام الإثبات[٤]، فيبرّ بأيّ فعل فعلَه، وإنما يحنث لوقوع اليأس عنه[٥]، وذلك[٦] بموته[٧]، أو بفوت محل الفعل[٨].

وإذا استحلف الوالي رجلا ليُعلمنه[٩] بكل داعرٍ[١٠] دخل البلد، فهذا

(١) ومن جميع الأجزاء: الخمسون.

(٢) أي لفظ غير رسمي وإلا.

(٣) قوله: "مسائل متفرقة" قد جرت عادة المصنفين بأن يذكروا ما شذ من المسائل في كل كتاب في آخر أبوابه؛ استدراكًا له. (عيني)

(٤) والنكرة في مقام الإثبات لا تعم. (عيني)

(٥) أي عن ذلك الفعل. (عيني)

(٦) أي اليأس. (عيني)

(٧) الحالف.

(٨) وهو المحلوف عليه.

(٩) من الإعلام. (عيني)

على حال ولايته خاصّة؛ لأن المقصود[١] منه دفع شرّه، أو شر غيره بزجره[٢]، فلا يفيد فائدته[٣] بعد زوال سلطنته[٤]، والزوالُ بالموت، وكذا بالعزل في ظاهر الرواية. ومن حلف أن يهب عبده لفلان، فوهبه ولم يقبل[٥]، فقد برّ في يمينه، خلافًا لزفر[٦]؛ فإنه يَعتبره[٧] بالبيع؛ لأنه تمليك مثله[٨]. ولنا أنه[٩] عقد تبرع فيتم بالمتبرّع[١٠]، ولهذا يقال: وهب ولم يقبل، ولأن المقصود إظهار السماحة[١١]، وذلك[١٢] يتم به[١٣]، وأما البيع

(١٠) الداعر المفسد.

(١) أى مقصود المستحلف.

(٢) قوله: "بزجره" أى بزجر الداعر يعنى لو زجر الداعر ينزجر غيره. (عينى)

(٣) الزجر.

(٤) أى شوكته وقدرته.

(٥) الفلان.

(٦) فعنده يحنث.

(٧) قوله: "فإنه يعتبره" أى فإن زفر يعتبر عقد الهبة بالبيع؛ لأنه تمليك مثله، فلا يتم إلا بالقبول.(ب)

(٨) الهبة.

(٩) الهبة.

(١٠) قوله: "فيتم بالمتبرع [الواهب] إلخ" أقول: هذا وإن كان موافقا لما ذكره المصنف فى كتاب الرهن من قوله: قالوا: الركن الإيجاب المجرد؛ لأنه عقد تبرع، فيتم بالمتبرع كالهبة والصدقة، انتهى، فإنه يدل أيضًا على أن الهبة تتم بالإيجاب فقط، لكنه يخالف ما ذكره فى كتاب الهبة من قوله: وتصح الهبة بإيجاب وقبول وقبض.

أما الإيجاب والقبول إلخ: فإنه عقد، والعقد ينعقد بالإيجاب والقبول إلخ فإنه يدل على أن الهبة لا تتم بالإيجاب وحده، وقد اضطرب شراح كتاب الهبة في دفع هذه المخالفة، فمنهم من زعم أنها مبنية على اختلاف الروايات، فإن شيخ الإسلام خواهر زاده ذهب فى "مبسوطه" إلى أن الهبة مجرد إيجاب، وجعل صاحب "التحفة" القبول أيضًا من أركانه، ومنهم من قال: القبول من الأركان قياسًا، وهو قول زفر، وليس بركن فى الاستحسان. والتحقيق: أن يقال: القبول من أركانها كما ذكره في كتاب الهبة، لكن فى العرف ليس كذلك، فإن من وهب شيئًا يقال له: إنه واهب، وإن لم يقبل الآخر، ومبنى الأيمان على العرف.

فمعنى قول المصنف ههنا: فيتم بالمتبرع أى عرفا كما يشعر به قوله: ولهذا إلخ وإن لم يكن ذلك حقيقة، فاندفعت المخالفة بين ما ههنا، وبين ما فى كتاب الهبة، فافهم، فإنه من سوانح الوقت. (عبد)

(١١) أى الكرم.

(١٢) إظهار أى الأربعة.

(١٣) بالهبة.

فمعاوضة، فاقتضى الفعل من الجانبين.

ومَن حلف لا يشم ريحانًا[١]، فشم وردًا، أو ياسمينًا لا يحنث؛ لأنه اسم لما لا ساقَ له[٢]، ولهما ساق. ولو حلف لا يشترى بنفسجًا، ولا نية له، فهو على دهنه[٣]؛ اعتبارًا للعرف، ولهذا يسمى بائعه بائع النبفسج، والشراء يبتنى عليه[٤]، وقيل: فى عرفنا تقع[٥] على الورق.

وإن حلف على الورد[٦]، فاليمين على الورق؛ لأنه[٧] حقيقة فيه، والعرف مقرر له، وفى البنفسج قاضٍ[٨] عليه[٩].

كتاب الحدود[١٠]

قال[١١]: الحدُّ لغة: هو المنع، ومنه الحدّاد للبوّاب[١٢]، وفى الشريعة:

---

(١) قوله: "لا يشم ريحانًا" الريحان فى اللغة: كل ما طاب ريحه من النبات، وهذا يتناول الورد والياسمين، كما هو مذهب أحمد، ولكن عند الفقهاء: الريحان ما لساقه رائحة طيبة كالورقة كالآس. والورد وما لورقه رائحة طيبة فحسب كالياسمين، كذا ذكره صاحب "المغرب"، وعلل فخر الإسلام فى شرح "الجامع الصغير" بقوله: لأن الريحان اسم لما لا يقوم على ساق من البقول مما له رائحة طيبة، وهو موضوع. وقلده الصدر الشهيد، وصاحب "الهداية"، قال الإنزارى: ولنا فيه نظر؛ لأنه لا يثبت فى قوانين اللغة الريحان بهذا التفسير أصلا. (عينى)

(٢) أى للورد والياسمين.

(٣) بنفسج.

(٤) البيع.

(٥) اليمين.

(٦) أى لا يشترى الورد.

(٧) قوله: "لأنه" أى لأن الورد حقيقة فى الورق، والعرف مقرر أيضًا لوقوع الحقيقة. (عينى)

(٨) الغالب.

(٩) أى على وقوع الحقيقة.

(١٠) قوله: كتاب الحدود" وجه المناسبة بين البابين من حيث إن فى الأيمان الكفارة التى هى دائرة بين العبادة والعقوبة، والحدود من العقوبات المحضة. (عينى)

(١١) أى المصنف. (عينى)

(١٢) لمنعة الناس عن الدخول. (عينى)

هو العقوبة المقدّرة حقا لله تعالى، حتى لا يسمى القصاص حدًا؛ لأنه حقُّ العقد[١]، ولا التعزير؛ لعدم التقدير، والمقصد الأصلى من شرعه[٢] الانزجار عما يتضرر به العباد[٣]، والطهارة ليست أصلية فيه[٤] بدليل شرعه[٥] فى حق الكافر. قال[٦]: الزنا[٧] يثبت بالبينة والإقرار، والمراد[٨] ثبوته عند الإمام؛ لأن البينة دليل ظاهر، وكذا الإقرار؛ لأن الصدق فيه[٩] مرجّح، لا سيما فيما يتعلق بثبوته مضرّة[١٠] ومعرّة، والوصولُ إلى العلم القطعي متعذر، فيكتفي بالظاهر.

قال[١١]: فالبينة أن تشهد أربعةٌ من الشهود على رجل وامرأة بالزنا؛ لقوله تعالى: ﴿فاستشهِدوا عليهن أربعة منكم﴾، وقال الله تعالى: ﴿ثم لم يأتوا بأربعة شهداء﴾، وقال عليه السلام للذى قذف امرأته: «ائت[١٢] بأربعة يشهدون على صدق مقالتك»*، ولأن فى اشتراط

(١) بدلالة جواز العقود والاعتياض. (عينى)

(٢) حد.

(٣) قوله: "عما يتضرر به العباد" فى النفس والعرض والمال، ففى حد الزنا صيانة النفس، وفى حد القذف صيانة العرض، وفى حد السرقة صيانة ا لمال. (عينى)

(٤) أى في الحد.

(٥) قوله: "شرعه[حد] فى حق الكافر" فالمقصود من الحد الانزجار، لا الطهر.

(٦) أى القدورى.(عينى)

(٧) قوله: "الزنا" فى الشرع: الزنا قُضاء المكلف شهوته فى قبل امرأة خالية عن الملكين، وشبهتما، وشبهة الاشتباه، وتمكن المرأة عن ذلك، واختير لفظ القضاء؛ إشارة إلى أن مجرد الإيلاج زنا.والمراد بالملكين ملك النكاح وملك اليمين، وشبهة النكاح:وهى ما إذاوطئ امرأة تزوجها بغيرشهود، أو بغير إذن مولاها، وشبهة ملك اليمين: ما إذا وطئ جارية ابنه، أومكاتبه، وشبهة الاشتباه: ما إذا وطئ الابن جارية أبيه على ظن أنها تحل له. (ب)

(٨) قوله: "والمراد إلخ" إنما قال: هذا لأن ثبوت الزنا فى نفس الأمر لا يتوقف على وجود البينة والإقرار؛ لأنه أمر حسى يوجد، وإن لم يوجدا.

(٩) أى الإقرار.

(١٠) قوله: "مضرة" أى ضرر ظاهر متصل ببدن المقر بإجراء الحد عليه، ومعرة أى عار يلحقه بانتسابه إلى الزنا، والعار أشد من النار، وفى "ديوان الأدب": المعرة المساءة والأذى مفعلة من العر و هو الحرب. (عينى)

(١١) أى القدورى. (عينى)

(١٢) قوله: "ائت إلخ" هذا الحديث بهذا اللفظ غريب، وبمعناه ما رواه أبو يعلى الموصلى فى "مسنده" أن

الأربعة يتحقق معنى الستر، وهو مندوب إليه*، والإشاعة ضده.

«إذا شهدوا يَسألهم الإمام عن الزنا[٢] ما هو؟ وكيف هو؟ وأين زنى؟ ومتى زنى؟ وبمن زنى؟ لأن النبى عليه السلام استفسر ماعزًا عن الكيفية، وعن المزنية[٣]**. ولأن الاحتياط فى ذلك[٤] واجب؛ لأنه عساه[٥] غير الفعل فى الفرج عناه[٦]، أو زنى فى دار الحرب[٧]، أو فى المتقادم من الزمان[٨]، أو كانت له[٩] شبهة[١٠] لا يعرفها هو، ولا الشهود كوطئ جارية الابن، فيُستقصَى فى ذلك احتيالا[١١] للدرء[١٢].

فإذا بينوا ذلك، وقالوا: رأيناه[١٣] وطئها فى فرجها كالميل فى

شريكا قذفه هلال بن أمية بامرأته، فرفعه إلى النبى ﷺ، فقال له رسول الله ﷺ: «أربعة شهداء يشهدون وإلا فحد فى ظهرك». (عينى)

* راجع نصب الراية ج٣ ص٣٠٦، والدراية ج٢، الحديث ٦٣٧، ص٩٤. (نعيم)

* راجع نصب الراية ج٣ ص٣٠٧، والدراية ج٢، الحديث ٦٣٨ ص٩٤. (نعيم)

(٢) قوله: "عن الزنا" ما هو احتراز عن الغلط فى الماهية، وكيف هو احتراز عن الغلط فى الكيفية، وأين زنى، احتراز عنه فى المكان، ومتى زنى احتراز عنه فى الزمان، وبمن زنى احتراز عنه فى المفعول به. (عناية)

(٣) رواه أبو داود. (عينى)

** راجع نصب الراية ج٣ ص٣٠٨، والدراية ج٢، الحديث ٦٣٩ ص٩٤. (نعيم)

(٤) الاستفسار.

(٥) قوله: "لأنه [أى لأن المشهود عليه بالزنا] عساه إلخ" أى زيرا چه احتمال است كه آنها از زنا فعل غير جماع را اراده كرده باشند چه اطلاق زنا بر غير جماع نيز آمده است چون ديدن ومس كردن وغير آن. (ترجمة)

(٦) أى قصده، المشهود عليه.

(٧) وهو لا يوجب الحد. (عناية)

(٨) وذلك يسقط الحد. (عناية)

(٩) أى للمشهود عليه.

(١٠) فى المزنية.

(١١) أى لأجل الحيلة.

(١٢) أى لدفع الحد.

(١٣) بيان الماهية، والمزنى بها. (عناية)

المُكحَلَة[١]، وسال القاضى عنهم[٢] فعُدِّلوا[٣] فى السّر والعلانيةِ حكم[٤] بشهادتهم، ولم يكتفِ[٥] بظاهر العدالة[٦] فى الحدود؛ احتيالا للدرء، قال عليه السلام[٧]: «ادرأوا الحدود ما استطعتم»*، بخلاف سائر الحقوق[٨] عند أبى حنيفة، وتعديل السر والعلانية، نبينه فى الشهادات إن شاء الله تعالى.

قال[٩] فى "الأصل[١٠]": يحبسه[١١] حتى يسأل عن الشهود[١٢] للاتهام بالجناية[١٣]، وقد حبس رسول الله عليه السلام[١٤] رجلا بالتهمة**، بخلاف الديون حيث لا يحبس فيها قبل ظهور العدالة[١٥]، وسيأتيك

---

(١) وعاء الكحل. (عينى)

(٢) عن أحوال الشهود.

(٣) قوله: "فعدلوا إلخ" صورة التعديل فى السر أن يبعث القاضى بأسماء الشهود إلى العدل بكتاب فيه أسماءهم، وأنسابهم، ومحالهم، وسوقهم، حتى يعرف العدل ذلك فيكتب تحت اسم من كان عدلا، عدل جائز الشهادة، ومن لم يكن عدلا، فلا يكتب تحت اسمه شيئًا، أو يكتب الله أعلم، وصورة التعديل فى العلانية أن يجمع بين العدل والشاهد، فيقول العدل: هذا هو الذى عدلته. (عينى)

(٤) القاضى.

(٥) القاضى. (عينى)

(٦) وهو الإسلام.

(٧) رواه الترمذى من حديث عائشة. (عينى)

* راجع نصب الراية ج٣ ص٣٠٩، والدراية ج٢، الحديث ٦٤٠ ص٩٤. (نعيم)

(٨) حيث اكتفى فيه بظاهر العدالة. (عناية)

(٩) محمد.

(١٠) أى المبسوط.

(١١) قوله: "يحبسه" أى يحبس القاضى المشهود عليه بالزنا بعد وصف الشهود الأشياء المذكورة، حتى يسأل عن الشهود. (عينى)

(١٢) أى عن حال الشهود.

(١٣) لاتهام المشهود عليه.

(١٤) أخرجه أبو داود. (عينى)

** راجع نصب الراية ج٣ ص٣١٠، والدراية ج٢، الحديث ٦٤١ ص٩٥. (نعيم)

(١٥) أى عدالة الشهود.

الفرق[١] --إن شاء الله تعالى-.

قال[٢]: والإقرار أن يقر البالغ العاقل على نفسه بالزنا أربع مرات في أربع مجالس من مجالس المقِرّ، كلما أقر ردّه القاضي، فاشتراط البلوغ والعقل؛ لأن قول الصبي والمجنون غير معتبر، أو هو غير موجِب للحد، واشتراط الأربع مذهبنا. وعند الشافعي يكتفى بالإقرار مرة واحدة؛ اعتبارًا بسائر الحقوق[٣]، وهذا[٤] لأنه[٥] مظهر، وتكرار الإقرار لا يفيد زيادة الظهور، بخلاف زيادة العدد في الشهادة[٦]. ولنا حديث ماعز[٧] فإنه عليه السلام أخّر الإقامة[٨] إلى أن تم الإقرار منه[٩] أربع مرات في أربع مجالس*، فلو ظهر بما دونها[١٠] لـمّا أخَّرَها لثبوتِ الوجوب، ولأن الشهادة[١١] اختصت فيه[١٢] بزيادة العدد[١٣]، فكذا الإقرار إعظامًا لأمر

---

(١) أي الفرق، بينه وبين الديون (عيني)، هذه حوالة لا وفاء لها، كذا في شرح العيني.

(٢) أي القدوري. (عيني)

(٣) قوله: "اعتبارًا بسائر الحقوق" يعني في سائر الحقوق العدد معتبر في الشهادة دون الإقرار، فكذلك ههنا.(ع)

(٤) أي الاعتبار بسائر الحقوق. (عيني)

(٥) أي لأن الإقرار.

(٦) قوله: "بخلاف زيادة العدد إلخ" يعني أنها تفيد زيادة في طمأنينة القلب، وتكرار الكلام ليس كذلك. (عناية)

(٧) قوله: "حديث ماعز [رواه البخاري ومسلم. عيني]" فإنه جاء إلى رسول الله ﷺ فقال: "زنيت فطهرني فأعرض عنه، فجاء إلى الجانب الآخر، وقال: مثل ذلك، فأعرض عنه، فجاء إلى الجانب الثالث، وقال: مثل ذلك، فأعرض عنه، فجاء إلى الجانب الرابع، وقال: مثل ذلك، فلما كان في المرة الرابعة، قال النبي ﷺ: «الآن أقررت، أربعا فيمن زنيت قال: بفلانة، قال: لعلك قبلتها لعلك باشرتها»، فأبى إلى أن أقر بصريح الزنا، فقال: «أبك جنون». وفي رواية: بعث إلى أهله هل ينكرون من عقله شيئًا، فقالوا: لا، فسأل عن إحصانه فأخبر أنه محصن، فأمر برجمه. (عناية)

(٨) أي إقامة الحد.

(٩) أي من ماعز.

* راجع نصب الراية ج٣ ص٣١٢، والدراية ج٢، الحديث ٦٤٢ ص٩٥. (نعيم)

(١٠) قوله: "فلو ظهر [أي فلو ظهر إقراره موجبًا للحد دون الأربع. عيني] دونها إلخ" أي فلو كان الإقرار مرة واحدة كافيًا لم يؤخر؛ لأن إقامة الحد عند ظهوره واجبة، وتأخير الواجب لا يظن برسول الله ﷺ. (عناية)

(١١) قوله: "ولأن الشهادة إلخ" دليل معقول، يتضمن الجواب عن اعتباره بسائر الحقوق، وتقريره أن سائر

الزنا، وتحقيقًا لمعنى الستر، ولا بد من اختلاف المجالس[١]؛ لما روينا[٢].

ولأن لاتحاد المجلس أثرًا فى جمع المتفرقات[٣]، فعنده[٤] يتحقق شبهة الاتحاد فى الإقرار، والإقرار قائم بالمقرّ[٥]، فيُعتبر اختلاف مجلسه دون مجلِس القاضى، فالاختلاف بأن يرده القاضى كلّما أقرّ، فيذهب حيث لا يراه، ثم يجىء، فيقرّ هو المروى عن أبى حنيفة؛ لأنه عليه السّلام طرد ماعزاً فى كل مرة حتى توارى بحيطان المدينة*.

قال[٦]: فإذا تم إقراره أربع مرات سأله[٧] عن الزنا ما هو؟ كيف هو؟ وأين زنى؟ وبمن زنى؟ فإذا بين ذلك لزمه الحد؛ لتمام الحجة، ومعنى السؤال عن هذه الأشياء[٨] بيناه فى الشهادة[٩]، ولم يذكر[١٠] السؤال فيه[١١] عن الزمان، و[١٢] ذكره[١٣] فى الشهادة؛ لأن تقادم العهد[١٤] يمنع

الحقوق ليس نصاب الشهادة فيه أربعة، ونصابها ههنا ذلك، فلما كانت إحدى الحجتين مختصة بزيادة ليست فى سائر الحقوق، فكذلك فى الحجة الأخرى. (عناية)

(١٢) أى فى الزنا. (عينى)

(١٣) الأربعة.

(١) فى الإقرار. (عينى)

(٢) قوله: "لما روينا" إشارة إلى قوله: لأنه عليه السلام أخر الإقامة إلى أن تم الإقرار منه أربع مرات فى أربع مجالس. (عينى)

(٣) كما فى آى سجدة التلاوة. (عينى)

(٤) أى عند اتحاد المجلس.

(٥) أى فى وجوب الحد. (عناية)

* راجع نصب الراية ج٣ ص٣١٦، والدراية ج٢، الحديث ٦٤٣ ص٩٦. (نعيم)

(٦) أى القدورى. (عينى)

(٧) القاضى.

(٨) أى ماهية الزنا، وكيفيته، ومكانه، والمزنية.

(٩) على الزنا. (عينى)

(١٠) أى القدورى. (عينى)

(١١) أى فى الإقرار فى الزنا. (عينى)

(١٢) الواو حالية.

الشهادة[١] دون الإقرار، وقيل: لو سأله[٢] جاز؛ لجواز أنه زنى في صباه.

فإن رجع المقر عن إقراره قبل إقامة الحد، أو في وسطه قبل رجوعه، وخلي سبيله، وقال الشافعي -وهو قول ابن أبي ليلى-: يقيم عليه الحد؛ لأنه وجب الحد بإقراره، فلا يبطل برجوعه وإنكاره، كما إذا وجب بالشهادة[٣]، وصار كالقصاص وحد القذف[٤].

ولنا أن الرجوع خبر محتمل للصدق كالإقرار[٥]، وليس أحدٌ يكذبه فيه[٦]، فيتحقق الشبهة في الإقرار[٧]، بخلاف ما فيه حق العبد، وهو القصاص وحد القذف؛ لوجود مَن يكذبه[٨]، ولا كذلك ما هو خالص[٩] حق الشرع. ويستحب للإمام أن يلقّن المقر الرجوع، فيقول له: لعلك لمست أو قبلت؛ لقوله عليه السلام لماعز[١٠]: «لعلك لمستها أو قبلتها»*.

وقال[١١] في "الأصل[١٢]": وينبغي أن يقول له الإمام: لعلك

---

(١٣) أي القدوري.

(١٤) أي الزمان. (عيني)

(١) أي يمنع قبول الشهادة لتهمة، والمرء لا يتهم على نفسه فيقبل. (عيني)

(٢) أي الزمان.

(٣) قوله: "كما إذا وجب بالشهادة" يعني أن الحد لا يبطل بإنكار المشهود عليه بعد شهادة الشهود عليه، وكذا لا يبطل بإنكاره بعد الإقرار؛ لأنهما حجتان فيه، فيعتبر إحداهما بالأخرى. (عناية)

(٤) قوله: "وصار كالقصاص وحد القذف" لا يقبلان الرجوع بعد الثبوت بالإقرار. (ع)

(٥) فإنه خبر محتمل للصدق.

(٦) أي في الرجوع.

(٧) قوله: "فيتحقق الشبهة بالإقرار" يعني بالتعارض الواقع بين الخبرين المحتملين للصدق والكذب من غير مرجح لأحدهما. (ع)

(٨) وهو الخصم. (عيني)

(٩) كحد الزنا.

(١٠) رواه الحاكم في "المستدرك". (عيني)

* راجع نصب الراية ج٣ ص٣١٦، والدراية ج٢، الحديث ٦٤٤ ص٩٦. (نعيم)

(١١) محمد.

تزوّجتَها، أو وطئتها بشبهة، وهذا قريب من الأول فى المعنى[١].

فصل[٢] فى كيفية الحدّ وإقامته

وإذا وجب الحدّ، و كان[٣] الزانى محصنًا[٤]، رجمه بالحجارة حتى يموت؛ لأنه عليه السلام[٥] رجم ماعزًا و قد[٦] أحصن[٧]*، وقال فى الحديث المعروف: «وزنًى بعد إحصان[٨]»**، وعلى هذا[٩] إجماع الصحابة. قال[١٠]: ويخرجه إلى أرض فضاء، ويبتدئ الشهود برجمه، ثم الإمام، ثم الناس، كذا روى عن على[١١]، ولأن الشاهد قد يتجاسر[١٢] على الأداء، ثم يستعظم المباشرة فيرجع، فكان

(١٢) أى المبسوط. (عينى)

(١) قوله: "وهذا قريب إلخ" أى قوله: "لعلك تزوجتها، أو وطئتها بشبهة" قريب من قوله: "لعلك مسستها" فى المعنى من حيث إن كل واحد منهما تلقين للرجوع؛ لما أنه لو قال: فى كل واحد منهما نعم، سقط الحد.(ع)

(٢) قوله: "فصل" ذكر هذا الفصل عقيب ذكر وجوب الحد؛ لأن إقامة الحد بعد وجوبه وقوعًا، فأخره ذكرًا. (عناية)

(٣) الواو حالية.

(٤) بفتح الصاد. (عينى)

(٥) رواه البخارى ومسلم. (عينى)

(٦) الواو حالية.

(٧) على صيغة المجهول. (عينى)

* راجع نصب الراية ج٣ ص٣١٧، والدراية ج٢، الحديث ٦٤٥ ص٩٦. (نعيم)

(٨) قوله: "وزنًا بعد الإحصان" أخرجه الترمذى والنسائى وابن ماجة عن عثمان رضى الله عنه أنه أشرف عليهم يوم الدار، فقال: أنشدكم الله أتعلمون أن رسول الله ﷺ قال: «لا يحل دم امرئ مسلم إلا بإحدى ثلاث زنا بعد إحصان وارتداد بعد إسلام وقتل نفس بغير حق» قالوا: اللهم نعم، الحديث. (عينى)

** راجع نصب الراية ج٣ ص٢٩٥، والدراية ج٢، الحديث ٦٢٩ ص٩١. (نعيم)

(٩) أى على وجوب الرجم، إذا كان الزانى محصنًا. (عناية)

(١٠) أى القدورى. (عينى)

(١١) قوله: "كذا روى عن على" روى ابن أبى شيبة فى "مصنفه" أن عليا رضى الله عنه كان إذا شهد عنده الشهود على الزنا، أمر الشهود أن يرجموا، ثم يرجم الناس، وإذا كان بإقرار، بدأ هو فرجم، ثم رجم الناس.(ب)

(١٢) أى يجترئ على أداء الشهادة كاذبًا. (عينى)

فى بدايته[١] احتيال للدرء، وقال الشافعى: لا يشترط بدايته[٢]؛ اعتبارًا بالجلد[٣]، قلنا: كل أحد لا يحسن الجلد، فربما يقع[٤] مُهلِكًا، والإهلاك غَير مستَحق، ولا كذلك الرجم؛ لأنه إتلاف.

قال[٥]: فإن امتنع الشهود من الابتداء، سقط الحد؛ لأنه[٦] دلالة الرجوع، وكذا[٧] إذا ماتوا[٨] أو غابوا فى ظاهر الرواية؛ لفوات الشرط.

وإن كان[٩] مقرا ابتدأ الإمام، ثم الناس كذا روى عن على[١٠]: «ورمى رسول الله عليه السلام الغامدية[١١] بحصاة مثل الحمصة»[١٢]*، وكانت قد اعترفت بالزنا. ويغسل ويكفن ويصلى عليه؛ لقوله عليه السّلام لماعز[١٣]: «اصنعوا به كما تصنعون بموتاكم»**، ولأنه[١٤] قُتِل بحق، فلا يسقط الغسل كالمقتول قصاصًا، وصلّى النبى عليه السلام*** على الغامدية بعد ما رُجمت[١٥].

---

(١) أى فى ابتداء الشهود بالرجم. (عينى)
(٢) الشاهد.
(٣) حيث لا يشترط فيه بدايتهم. (عينى)
(٤) الجلد.
(٥) أى الندورى. (عينى)
(٦) أى لأن هذا الامتناع.
(٧) أى يسقط الحد.
(٨) أى الشهود.
(٩) الزانى المحصن.
(١٠) رواه ابن أبى شيبة.
(١١) امرأة من غامد، حى من الأزد.
(١٢) روه أبو داود. (عينى)
* راجع نصب الراية ج٣ ص٣٢٠، والدراية ج٢، الحديث ٦٤٧ ص٩٧. (نعيم)
(١٣) رواه ابن أبى شيبة فى "مصنفه". (عينى)
** راجع نصب الراية ج٣ ص٣٢٠، والدراية ج٢، الحديث ٦٤٨ ص٩٧. (نعيم)
(١٤) المرجوم.
*** حديث عمران بن حصين، راجع نصب الراية ج٣ ص٣٢١، والدراية ج٢، الحديث ٦٤٩ ص٩٧. (نعيم)
(١٥) كذا فى السنن.

وإن لم يكن محصنًا[١] وكان حرًا، فحده مائة جلدة؛ لقوله تعالى: ﴿الزانية والزانى فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة﴾ إلا أنه انتسخ فى حق المحصن[٢]، فبقى فى حق غيره معمولا به، يأمر الإمام بضربه بسوط لا ثمرة له[٣] ضربًا متوسطًا؛ لأن عليًا[٤] لما أراد أن يقيم الحد كسر ثمرته*. والمتوسط بين المبرح[٥] وغير المؤلم لإفضاء الأول[٦] إلى الهلاك، وخلو الثانى[٧] عن المقصود، وهو الانزجار. وتنزع عنه ثيابه معناه[٨] دون الإزار؛ لأن عليا كان يأمر بالتجريد فى الحدود[٩]**، ولأن التجريد أبلغ فى إيصال الألم إليه، وهذا الحد[١٠] مبناه[١١] على الشدة فى الضرب، وفى نزع الإزار كشف العورة فليتوقاه، ويفرق الضرب على أعضاءه؛ لأن الجمع فى عضو واحد قد يفضى إلى التلف، والحدّ زاجرٌ لا

(١) الزانى.

(٢) قوله: "إلا أنه انتسخ فى حق المحصن" بالآية الأخرى نسخت تلاوتها، وبقى حكمها، وهى "الشيخ والشيخة إذا زنيا فارجموهما البتة نكالا من الله والله عزيز حكيم". (عناية)

(٣) قوله: "لا ثمرة [يعنى گره دار نباشد. ترجمة] له" قال فى "الصحاح": ثمرة السياط عقد أطرافها، وقيل: المراد بالثمرة ذنبه وطرفه؛ لأنه إذا كان له ذلك تصير الضربة ضربتين، وهذا أصح؛ لما روى أن عليًا رضى الله عنه جلد الوليد بسوط له طرفان، وفى رواية: له ذنبان، أربعين جلدة، فكانت الضربة ضربتين، والأول هو المشهور فى الكتب. (عناية)

(٤) هذا غريب بهذا اللفظ.

* راجع نصب الراية ج٣ ص٣٢٣، والدراية ج٢، الحديث ٦٥٠ ص٩٧. (نعيم)

(٥) أى الشديد.

(٦) المبرح.

(٧) غير مؤلم.

(٨) يعنى معنى كلام القدورى. (عينى)

(٩) هذا غريب. (عينى)

** راجع نصب الراية ج٣ ص٣٢٣، والدراية ج٢، الحديث ٦٥١ ص٩٨. (نعيم)

(١٠) أى حد الزنا.

(١١) قوله: "مبناه على الشدة" احترز به عن حد القذف، فإن القاذف يضرب، وعليه ثيابه، ولكن ينزع عنه الفرو. (عينى)

متلف. قال[١]: إلا رأسه ووجهه وفرجه؛ لقوله عليه السلام للذى أمره بضرب الحدّ: «اتق الوجه[٢] والمذاكير[٣]»*، ولأن الفرج مقتل[٤]، والرأس مجمع الحواس، وكذا الوجه[٥] وهو مجمع المحاسن أيضًا، فلا يؤمن فوات شيء منها[٦] بالضرب، وذلك إهلاك معنى، فلا يشرع[٧] حدًا. وقال أبو يوسف: يضرب الرأس أيضًا رجع إليه[٨]، وإنما يضرب[٩] سوطًا؛ لقول أبى بكر[١٠]: "اضربوا الرأس فإن فيه شيطانًا"**.

قلنا: تأويله أنه قال: ذلك[١١] فيمن أبيح قتله، ويقال: إنه[١٢] ورد فى حربي، كان من دُعاة الكفرة[١٣]، والإهلاك فيه مستحق.

ويضرب فى الحدود كلها قائمًا[١٤] غير ممدود؛ لقول على[١٥]:

---

(١) أى القدورى. (عينى)

(٢) قوله: "اتق الوجه" هذا الحديث غريب مرفوعا، وورى موقوفًا عن على رضى الله عنه، رواه ابن أبى شيبة فى "مصنفه". (عينى)

(٣) قوله: "والمذاكير" جمع الذكر الذى هو العضو، وهو جمع على خلاف القياس كأنهم فرقوا بذلك الجمع بين الذكر الذى هو الفحل، وبين الذكر الذى هو العضو، وإنما ذكر بلفظ الجمع ههنا مع أفراد قرينه، وهو الوجه؛ لأنه أراد به ذلك العضو المعين وما حوله. (عناية)

* راجع نصب الراية ج٣ ص٣٢٤، والدراية ج٢، الحديث ٦٥٢ ص٩٨. (نعيم)

(٤) أى موضع قتل يؤدى إلى الهلاك. (عينى)

(٥) أى مجمع الحواس.

(٦) أى من الحواس والمحاسن. (عينى)

(٧) شيء من ذلك. (عينى)

(٨) قوله: "رجع إليه" أى إلى ضرب الرأس كان يقول أولا: لا يضرب الرأس، ثم رجع، وقال: إنما يضرب إلخ. (عينى)

(٩) الرأس.

(١٠) رواه ابن أبى شيبة فى "مصنفه". (عينى)

** راجع نصب الراية ج٣ ص٣٢٤، والدراية ج٢، الحديث ٦٥٣ ص٩٨. (نعيم)

(١١) أى اضربوا إلخ.

(١٢) أى قول أبى بكر.

(١٣) قوله: "كان من دعاة الكفرة" الدُعاة جمع داع كالقضاة جمع قاض أى كان يدعو الناس إليهم. (عناية)

(١٤) -حال.

"يضرب الرجال في الحدود قيامًا والنساء قعودًا"*، ولأن مبنى إقامة الحد على التشهير، والقيامُ أبلغ فيه.

ثم قوله[٢]: غير ممدود فقد قيل: المدّ أن يلقى على الأرض، ويمد كما يفعل في زماننا، وقيل: أن يمدّ السوط فيرفعه الضارب فوق رأسه، وقيل: أن يمده بعد الضرب[٣]، وذلك[٤] كله لا يفعل؛ لأنه زيادة على المستحق.

وإن كان[٥] عبدًا[٦]، جلّده[٧] خمسين جلدةً؛ لقوله تعالى[٨]: ﴿فعليهن[٩] نصف ما على المحصنات[١٠] من العذاب[١١]﴾ نزلت في الإماء[١٢]، ولأن الرق منقّص[١٣] للنعمة، فيكون منقصا للعقوبة؛ لأن الجناية عند توافر النعم أفحش[١٤]، فيكون[١٥] أدعى إلى التغليظ.

---

(١٥) أخرجه عبد الرزاق في "مصنفه". (عيني)

* راجع نصب الراية ج٣ ص٣٢٥، والدراية ج٢، الحديث ٦٥٤ ص٩٨. (نعيم)

(٢) محمد.

(٣) يعني بعد ما أوقع السوط على البدن لا يمده. (عيني)

(٤) إشارة إلى ما ذكر من الأقوال.

(٥) الزاني.

(٦) أو أمة. (عناية)

(٧) القاضي.

(٨) ﴿فإن أتين بفاحشة فعليهن﴾ إلخ.

(٩) الإماء.

(١٠) الحرائر.

(١١) الحد.

(١٢) قوله: "نزلت في الإماء" ودخلت تحت حكمها العبيد، وهو خلاف المعهود؛ لأن المعهود أن تدخل النساء تحت حكم الرجال بطريق التبعية، فكان هذا الأسلوب والله أعلم–بناء على أن أسباب السفاح فيهن، ودعوتهن إليه غالبة، كما في تقديمهن في قوله تعالى: ﴿الزانية والزاني﴾ إلخ، ثم العذاب المذكور في الآية الجلد دون الرجم؛ لأنه لا يتنصف. (عناية)

(١٣) ألا ترى أن العبد لا يتزوج إلا اثنين. (عيني)

(١٤) قوله: "أفحش" أصله قوله تعالى: ﴿يا نساء النبي من يأت منكن بفاحشة مبينة يضاعف لها العذاب ضعفين﴾. (عناية)

والرجل والمرأة فى ذلك[١] سواء؛ لأن النصوص تشملها غير أن المرأة لا ينزع من ثيابها إلا الفرو[٢] والحشو[٣]؛ لأن فى تجريدها[٤] كشف العورة، والفروُ والحشوُ يمنعان وصولَ الألم إلى المضروب، والسترُ حاصل بدونهما فينزعان، وتضرب جالسة؛ لما روينا[٥]، ولأنه أستر لها.

قال[٦]: وإن حفر لها فى الرجم جاز؛ لأنه عليه السّلام حفر[٧] للغامدية إلى ثندوتها[٨]*، وحفر على[٩] لشراحة الهمدانية[١٠]**، وإن ترك لا يضره؛ لأنه عليه السلام لم يأمر بذلك، وهى مستورة بثيابها، والحفر أحسن؛ لأنه أستر ويحفر إلى الصدر؛ لما روينا[١١].

ولا يحفر للرجل؛ لأنه عليه السلام ما حفر لماعز[١٢]***، و لأن مبنى الإقامة[١٣] على التشهير فى الرجال[١٤]، والربطُ والإمساك غير

(١٥) أى هذه الجناية.

(١) أى الحد.

(٢) پوستين.

(٣) قوله: "والحشو" هو الثوب المحشو بالقطن ونحوه. (عينى)

(٤) المرأة.

(٥) من حديث على رضى الله عنه. (عينى)

(٦) أى القدورى. (عينى)

(٧) رواه أبو داود. (عينى)

(٨) پستان.

* راجع نصب الراية ج٣ ص٣٢٥، والدراية ج٢، الحديث ٦٥٥ ص٩٨. (نعيم)

(٩) أخرجه أحمد فى "مسنده". (عينى)

(١٠) همدان حى من العرب. (عينى)

** راجع نصب الراية ج٣ ص٣٢٥، والدراية ج٢، الحديث ٦٥٦ ص٩٨. (نعيم)

(١١) أى من حديث الغامدية. (عينى)

(١٢) رواه مسلم. (عينى)

*** راجع نصب الراية ج٣ ص٣٢٥، وانظر الدراية ج٢ ص٩٩ تحت الحديث رقمه ٦٥٦. (نعيم)

(١٣) إى إقامة الحد. (عينى)

مشروع[1]. ولا يقيم المولى الحدَّ على عبده إلا بإذن الإمام، وقال الشافعي: له أن يقيمه[2]؛ لأن له ولاية مطلقة عليه[3] كالإمام، بل أولى[4]؛ لأنه يملك من التصرف[5] فيه[6] ما لا يملكه الإمام، فصار كالتعزير[7]. ولنا قوله عليه السلام: «أربع[8] إلى الولاة»*، وذكر منها الحدود، ولأن الحد حق الله تعالى؛ لأن المقصد منها إخلاء العالم عن الفساد، ولهذا لا يسقط[9] بإسقاط العبد، فيستوفيه من هو نائب عن الشرع، وهو الإمام، أو نائبه[10]، بخلاف التعزير[11]؛ لأنه حق العبد، ولهذا يعزر الصبي، وحق[12] الشرع موضوع عنه[13].

قال: وإحصان الرجم[14] أن يكون حرًا عاقلا بالغًا مسلمًا، قد تزوج

(١٤) وترك الحضر أبلغ في ذلك. (عيني)

(١) قوله: "غير مشروع [إلا أن يعجزهم. ع]" يعني في الرجم، وذلك لأن ماعزًا لم يربط، ولم يمسك.(ب)

(٢) الحد.

(٣) أي على عبده.

(٤) من الإمام.

(٥) كالبيع.

(٦) العبد.

(٧) قوله: "فصار كالتعزير" حيث يجوز للمولى أن يعزر عبده بدون إذن الإمام. (عيني)

(٨) قوله: "أربع إلى الولاة" هذا غريب، وروى ابن أبي شيبة في "مصنفه" عن الحسن قال: أربعة إلى السلطان، الصلاة والزكاة والحدود والقصاص، وعن عطاء الخراساني قال: إلى السلطان الزكاة، والجمعة، والحدود. (عيني)

* راجع نصب الراية ج٣ ص٣٢٦، والدراية ج٢، الحديث ٦٥٧ ص٩٩. (نعيم)

(٩) الحد.

(١٠) كالقاضي.

(١١) جواب عن قول الشافعي: فصار كالتعزير. (عيني)

(١٢) الواو حالية.

(١٣) الصبي.

(١٤) قوله: "وإحصان الرجم [هذا لفظ القدوري في "مختصره". عيني]" إنما قيد الإحصان بالرجم احترازًا عن إحصان القذف، فإنه غير هذا على ما سيجيء، إن شاء الله تعالى. (عناية)

امرأة نكاحًا صحيحًا، ودخل بهما، و هما[1] على صفة الإحصان، فالعقل والبلوغ شرط لأهلية العقوبة؛ إذ لا خطاب دونهما، وما وراءهما يشترط لتكامل الجناية بواسطة تكامل النعمة؛ إذ كفران النعمة يتغلظ[2] عند تكثرها، وهذه الأشياء[3] من جلائل النعم[4]، وقد شرع الرجم[5] بالزنا عند استجماعها[6] فيناط[7] به[8].

بخلاف الشرف والعلم؛ لأن الشرع ما ورد باعتبارهما، ونصبُ الشرع بالرأى متعذرٌ، ولأن الحرية[9] ممكنة من النكاح الصحيح[10]، والنكاح الصحيح ممكن من الوطئ الحلال، والإصابة[11] شِبَعٌ بالحلال، والإسلام يمكّنه من نكاح المسلمة، ويؤكد اعتقاد الحرمة[12]، فيكون الكلُّ مزجرة[13] عن الزنا، والجناية بعد توفر الزواجر أغلظ. والشافعى يخالفنا فى اشتراط الإسلام، وكذا أبو يوسف فى رواية، لهما ما روى[14] أن النبى رجم

(١) الواو حالية.

(٢) وتغلظه يستدعى أغلظ العقوبات. (عناية)

(٣) أى الحرية والإسلام والتزوج إلخ. (عينى)

(٤) قوله: "من جلائل النعم" فكفر إنها يكون سببًا لأفحش العقوبات، وهو الرجم بالحجارة إلى الموت؛ ليكون ثبوت الحكم بقدر سببه.

(٥) قوله: "وقد شرع إلخ" يعنى إنما انحصر الشرائط على هذا العدد؛ لأن الرجم بالزنا قد شرع إلخ. (عناية)

(٦) هذه الأشياء.

(٧) تعلق الرجم.

(٨) أى باستجماعها.

(٩) قوله: "ولأن الحرية إلخ" دليل على الاقتصار على تلك الشرائط يتضمن أن لها مدخلا فى الاستغناء عن الزنا دون غيرها من العلم والشرف، وذلك لأن إلخ. (عناية)

(١٠) قوله: ممكنة من إلخ" لأن الحر يتولى أمور نفسه ليس تحت ولاية أحد. (عناية)

(١١) أى الدخول.

(١٢) أى حرمة الزنا.

(١٣) أى سبب الزجر من هذه الأشياء.

(١٤) قوله: "ما روى إلخ" هذا الحديث أخرجه الأئمة الستة عن ابن عمر رضى الله عنهما مختصراً

يهوديين قد زنَيَا*. قلنا: كان ذلك[٢] بحكم التوراة، ثم نسخ، يؤيده[٣] قوله عليه السلام[٤]: «من أشرك بالله فليس بمحصن»*، والمعتبر فى الدخول الإيلاج فى القبل على وجه يوجب الغسل[٥]، وشرط[٦] صفة الإحصان فيهما[٧] عند الدخول حتى لو دخل بالمنكوحة الكافرة، أو المملوكة، أو المجنونة، أو الصبية لا يكون محصنًا. وكذا[٨] إذا كان الزوج موصوفًا بإحدى هذه الصفات[٩]، وهى[١٠] حرة[١١] مسلمة عاقلة بالغة؛ لأن النعمة بذلك[١٢] تتكامل، إذا الطبع ينفر عن صحبة المجنونة، وقل ما يرغب فى الصبية لقلة رغبتها، وفى المنكوحة المملوكة؛ حذرًا عن رقّ الولد، ولا ائتلاف مع الاختلاف فى الدين. وأبو يوسف يخالفنا فى الكافرة[١٣]، والحجةُ عليه[١٤] ما ذكرناه[١٥]. وقوله عليه

ومطولا، وفيه فأمر بهما رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم فرجما. (عينى)

* راجع نصب الراية ج٣ ص٣٢٦، والدراية ج٢، الحديث ٦٥٨ ص٩٩. (نعيم)

(٢) قوله: "كان ذلك" أى رجم النبى صلى الله عليه وعلى آله وسلم اليهوديّين بحكم التوراة يعنى فى ابتداء الإسلام، ولهذا سألهم رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم عن حد الزنا فى التوزاة. (عينى)

(٣) النسخ.

(٤) رواه إسحاق بن راهويه عن ابن عمر. (عينى)

** راجع نصب الراية ج٣ ص٣٢٧، والدراية ج٢، الحديث ٦٥٩ ص٩٩. (نعيم)

(٥) يعنى بالتقاء الختانين. (عينى)

(٦) أى القدورى. (عينى)

(٧) الزوجين.

(٨) أى لا يكون محصنًا.

(٩) أى الكفر والرقية والجنون والصبى.

(١٠) الواو حالية.

(١١) قوله: "وهى حرة" قيل: كيف يتصور أن يكون الزوج كافرا، والمرأة مسلمة، وأجيب بأن صورته أن يكونا كافرين، فأسلمت المرأة، ودخل بها الزوج قبل عرض الإسلام عليه؛ لأنه ما لم يفرق القاضى بينهما بالإباء عند عرض الإسلام، فهما زوجان، وقد مر. (عناية)

(١٢) قوله: "بذلك" أى بما ذكر من الحرية والعقل والبلوغ والإسلام. (عينى)

(١٣) قوله: "يخالفنا فى الكافرة" أى فى أن إسلام المنكوحة وقت الدخول بها شرط إحصان الزانى، فعنده ليس بشرط حتى لو دخل بالمنكوحة الكافرة يصير محصنًا. (عناية)

(١٤) أى على أبى يوسف. (عناية)

السلام[1] : «لا تحصن المسلم اليهودية ولا النصرانية ولا الحرّ الأمة ولا الحرةَ العبدُ[2]»* . قال[3] : ولا يجمع في المحصن بين الرجم والجلد ؛ لأنه عليه السلام لم يجمع[4]** ، ولأن الجلد يعرى عن المقصود مع الرجم ؛ لأن زجر غيره[5] يحصل بالرجم ؛ إذ هو في العقوبة أقصاها ، وزجرُه لا يحصل بعد هلاكه . قال[6] : ولا يجمع في البكر بين الجلد والنفي ، والشافعي يجمع بينهما حدّاً[7] ؛ لقوله عليه السلام[8] : «البكر بالبكر جلدة مائة وتغريبُ عام»*** ، ولأن فيه[9] حسم[10] باب الزنا ؛ لقلة المعارف[11] . ولنا قوله تعالى[12] : ﴿فاجلدوا﴾ جعل[13] الجلد كل الموجَب

---

(١٥) يعني من قوله: ولا ائتلاف مع الاختلاف في الدين. (عناية)

(١) قوله: "وقوله عليه السلام: «لا تحصن» إلخ" قلت: هذا الحديث غريب ليس له أصل، وروى ابن أبي شيبة في "مصنفه" عن كعب بن مالك أنه أراد أن يتزوج يهودية، فقال له النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم: «لا تتزوجها فإنها لا تحصنك». وقال محمد في "الأصل": لا يحصن الرجل المسلم إلا المرأة المحصنة إذا دخل بها، ثم قال: بلغنا ذلك عن عامر وإبراهيم النخعي. (عيني)

(٢) قوله: "ولا الحرة العبد" أي ونه محصن مى گرداند زن حره را شوهريكه بنده است. (ترجمة)

* راجع نصب الراية ج٣ ص٣٢٧، والدراية ج٢، الحديث ٦٦٠ ص٩٩. (نعيم)

(٣) أي القدوري. (عيني)

(٤) لا في ماعز، ولا في الغامدية. (عناية)

** راجع نصب الراية ج٣ ص٣٢٨، والدراية ج٢، الحديث ٦٦١ ص١٠٠. (نعيم)

(٥) أي غير الزاني.

(٦) أي القدوري. (عيني)

(٧) أي من حيث الحدية، لا بطريق التعزير.

(٨) رواه مسلم. (عيني)

*** راجع نصب الراية ج٣ ص٣٣٠، والدراية ج٢، الحديث ٦٦٢ ص١٠٠. (نعيم)

(٩) أي التغريب.

(١٠) قطع.

(١١) قوله: "لقلة المعارف" أي لقلة ممن يعرفهم ويعرفونه من الأحباء والحبيبات؛ لما أن الزنا إنما ينشأ من الصحبة والمؤانسة، والتغريب قاطع لذلك. (ع)

(١٢) والعمل بالحديث نسخ للكتاب فلا يجوز. (عناية)

رجـوعًا[1] إلى حـرف الفـاء، أو إلى كـونه[2] كلَّ المذكـور. ولأن في التغريب فتح باب الزنا؛ لانعدام الاستحياء من العشيرة، ثم فيه[3] قطع مواد البقاء[4]، فربما[5] تتخذ زناها مكسبة، وهو من أقبح وجوه الزنا[6]، وهذه الجهـة مـرجـحـة[7]؛ لقـول علي[8]: "كـفى بالنفي فـتنةً"*، والحديث[9] منسوخ[10] كشطره، وهو قـوله عليه السلام: «الثيب بالثيب جلد مائة ورجم بالحجارة»**، وقد عرف[11] طريقه في موضعه.

---

(١٣) الله تعالى.

(١) قوله: "رجوعا" نصب على المصدر، ومعناه أن الفاء للجزاء، وإذا ذكر الجزاء بعد الشرط بالفاء، دل استقراء كلامهم إنه هو الجزاء، ألا يرى أنه إذا قال لامرأته: إن دخلت الدار، فأنت طالق واحدة، ليس جزاء الشرط إلا ما هو المذكور بعد الفاء. (ع)

(٢) قوله: "أو إلى كونه إلخ" أي رجوعا إلى كونه كل المذكور، ومعناه أنه ذكر الجلد دون النفي في موضع الحاجة إلى البيان، فكان ما ذكره كل ما يحتاج إليه في البيان، فلو بقي شيء يحتاج إليه، ولم يبين لزم الإخلال في البيان في موضع الحاجة. (ع)

(٣) أي في التغريب.

(٤) يعني ما يحتاج إليه من المأكول والمشروب. (عناية)

(٥) لبعدها عن الأقارب والأوطان، ونزولها في الرباط والخان، وانقطاع مواد المعاش. (عيني)

(٦) لا زيادة شهرة. (عناية)

(٧) قوله: "مرجحة" يقال: بفتح الجيم وكسرها، فوجه الفتح أن هذه الحجة من العلة أقوى من علة الخصم بشهادة قول علي لصحة ما قلناه، ووجه الكسر أن الخصم ينكر صحة ما نقل عن علي، فقال المصنف: هذه الجهة من جهات العلل يؤديه صحة قول علي، فكانت اللام للصلة، داخلة على المفعول، وفي الوجه الأول كانت للتعليل.(عناية)

(٨) رواه محمد بن الحسن في "كتاب الآثار". (عيني)

* راجع نصب الراية ج٣ ص٣٣٠، والدراية ج٢، الحديث ٦٦٣ ص١٠٠. (نعيم)

(٩) قوله: "والحديث إلخ" يعني قوله ﷺ: «البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام». (عناية)

(١٠) قوله: "منسوخ" بقوله تعالى: ﴿الزانية والزاني فاجلدوا﴾. (عيني)

** راجع نصب الراية ج٣ تحت الحديث الحادي والعشرين ص٣٣٠، والدراية ج٢ تحت الحديث ٦٦٢ بقوله: والحديث منسوخ كشطره إلخ ص١٠٠. (نعيم)

(١١) قوله: "وقد عرف طريقه" أي طريق نسخ قوله عليه الصلاة والسلام: «البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام في موضعه» يعني في طريقة الخلاف قاله الإنزاري، وقال الكاكي: في موضعه من التفاسير، وكتاب الناسخ والمنسوخ. (عيني)

إلا أن يرى الإمام[١] في ذلك[٢] مصلحة، فيُغربه على قدر ما يرى، وذلك تعزير وسياسة؛ لأنه قد يفيد في بعض الأحوال، فيكون الرأي فيه إلى الإمام، وعليه يحمل النفي[٣] المروي[٤] عن بعض الصحابة*.

وإذا زنى المريض، وحدّه[٥] الرجم رجم؛ لأن الإتلاف مستحق، فلا يمتنع بسبب المرض، وإن كان حدّه الجلد لم يجلد، حتى يبرأ؛ كيلا يفضي[٦] إلى الهلاك، ولهذا لا يقام القطع[٧] عند شدة الحر والبرد.

وإذا زنت الحامل لم تحد، حتى تضع حملها؛ كي لا يؤدي إلى هلاك الولد، وهو[٨] نفسٌ محترمة، وإن كان حدّها الجلد لم يجلد، حتى تتعالى من نفاسها أي ترتفع[٩] يريد[١٠] به[١١] تخرج منه[١٢]؛ لأن النفاس نوع مرض، فيؤخر إلى زمان البرء، بخلاف الرجم[١٣]؛ لأن التأخير لأجل الولد، وقد انفصل.

---

(١) قوله: "إلا أن يرى إلخ" استثناء من قوله: ولا يجمع في البكر بين الجلد والنفي يعني إذا رأى الإمام تغريب الزاني مصلحة لرعاية فعل ذلك. (عناية)

(٢) التغريب

(٣) التغريب.

(٤) قوله: "المروي إلخ" روى الترمذي عن ابن عمر: "أن النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم ضرب وغرب، وإن أبا بكر رضي الله عنه ضرب وغرب، وإن عمر رضي الله عنه ضرب وغرب". (عيني)

* راجع نصب الراية ج٣ ص٣٣١، وانظر في الدراية ج٢ تحت الحديث رقمه ٦٦٣ ص١٠٠. (نعيم)

(٥) الواو حالية.

(٦) الجلد.

(٧) في السرقة.

(٨) الواو حالية.

(٩) تفسير لقول القدوري: حتى تتعالى.

(١٠) أي القدوري.

(١١) أي بقوله: تتعالى.

(١٢) النفاس.

(١٣) فإن الرجم يقام بعد وضع الحمل، ولا ينتظر إلى انقطاع النفاس.

وعن أبى حنيفة رحمه الله أنه يؤخر إلى أن يستغنى ولدها عنها إذا لم يكن أحد يقوم بتربيته[١]؛ لأن فى التأخير صيانة الولد عن الضياع.

وقد روى أنه عليه السلام قال للغامدية[٢] بعد ما وضعت: «ارجعى حتى يستغنى ولدك»*، ثم الحبلى تحبس إلى أن تلد إن كان الحدّ ثابتًا بالبينة كيلا تهرب، بخلاف الإقرار[٣]؛ لأن الرجوع عنه[٤] عامل، فلا يفيد الحبس، والله أعلم.

باب الوطئ[٥] الذى يوجب الحد والذى لا يوجبه

قال[٦]: الوطئ الموجب للحد هو الزنا، وإنه فى عرف الشرع، واللسان[٧] وطئ الرجل المرأة فى القبل فى غير الملك، وشبهة الملك؛ لأنه فعل محظور[٨]، والحرمة على الإطلاق[٩] عند التعرى عن الملك[١٠]

---

(١) الولد.

(٢) قوله: "قال للغامدية إلخ" هذا بهذا اللفظ غريب، وهو فى مسلم عن يزيد أنه قال: "جاءت الغامدية، فقالت: يا رسول الله! إنى زنيت فطهرنى فو الله إنى بحبلى، فقال: «اذهبى حتى تلدى»، فلما ولدت أتته بالصبى فى يده كسرة خبز، فقالت: هذا يا رسول الله! قد أكل الطعام فدفع الصبى إلى رجل من المسلمين، ثم أمر بها فحفر لها إلى صدرها وأمر الناس فرجموها". (عينى)

* راجع نصب الراية ج٣ ص٣٣٢، والدراية ج٢، الحديث ٦٦٤ ص١٠٠. (نعيم)

(٣) فإنها لو أقرت بالزنا لا تحبس.

(٤) الإقرار.

(٥) قوله: "باب الوطئ الذى إلخ" لما فرغ من بيان إقامة الحد، شرع فى بيان ما يوجب الحد، وما لا يوجبه. (عناية)

(٦) أى المصنف. (عينى)

(٧) اللغة.

(٨) قوله: "لأنه إلخ" هذا التعليل لبيان اعتبارهم انتفاء الشبهة فى تحقق الزنا، وتقرير كلامه إنما اعتبروا أن يكون فى غير شبهة الملك؛ لأنه فعل محظور يوجب الحد، فيعتبر فيه الكمال؛ لأن الناقص ثابت من وجه دون وجه، فلا يوجب عقوبة كاملة، والكمال فى الحظر عند التعرى عن الملك وشبهته.

(٩) أى الكمال.

(١٠) أى ملك النكاح وملك اليمين.

وشبهته، يؤيد ذلك قوله عليه السلام[1]: «ادرأوا الحدود بالشبهات[2]»*. ثم الشبهة نوعان: شبهةٌ فى الفعل، وتسمى شبهة اشتباه[3]، وشبهةٌ فى المحل[4]، وتسمى شبهة حكمية[5]. فالأولى: تتحقق في حق من اشتبه عليه؛ لأن معناه أن يظن[6] غير الدليل دليلا، ولا بد من الظن لتحقق الاشتباه. والثانية: تتحقق لقيام الدليل النافى للحرمة فى ذاته[7]، ولا تتوقف على ظن الجانى واعتقاده. والحد يسقط بالنوعين[8]؛ لإطلاق الحديث[9]، والنسب يثبت فى الثانية إذا ادعى الولد، ولا يثبت فى الأولى و إن[10] ادعاه؛ لأن الفعل تمحّض[11] زنا فى الأولى[12]، وإنما يسقط الحد لأمرٍ راجعٍ إليه[13]، وهو اشتباه الأمر عليه،

(١) قوله: "قوله عليه السلام: «ادرأوا» إلخ" هذا الحديث بهذا اللفظ غريب، وأخرج ابن أبى شيبة فى "مصنفه" عن إبراهيم قال: قال عمر رضى الله عنه: لأن أعطل الحدود بالشبهات أحب إلى من أن أقيمها بالشبهات.(ب)

(٢) هى ما يشبه الثابت، وليس بثابت. (ع)

* راجع نصب الراية ج٣ ص٢٣٣، والدراية ج٢، الحديث ٦٦٥ ص١٠١. (نعيم)

(٣) قوله: "وتسمى شبهة اشتباه" أى هى شبهة فى حق من اشتبه عليه، وليست بشبهة فى حق من لم يشتبه عليه حتى إنه لو قال: علمت أنها تحرم على حد. (عناية)

(٤) قوله: "وشبهة فى المحل" وتسمى شبهة ملك أيضًا، فإنها لا توجب الحد، وإن قال: علمت أنها حرام على.(ع)

(٥) قوله: "وتسمى شبهة حكمية" باعتبار أن المحل أعطى له حكم الملك فى إسقاط الحد، وإن لم يكن الملك ثابتًا حقيقةً. (عينى)

(٦) قوله: "أن يظن إلخ" كما إذا ظن أن جارية امرأته تحل له بناء على أن الوطئ نوع استخدام، والاستخدام يحل، فكذا الوطئ، فيكون تحققها بالنسبة إلى الظانّ. (عناية)

(٧) مثل قوله عليه السلام: «أنت ومالك لأبيك». (عينى)

(٨) قوله: "يسقط بالنوعين" لكن فى الأول عند الظن، وفى الثانية على كل تقدير. (ع)

(٩) وهو قوله عليه السلام: «ادرأوا الحدود بالشبهات». (عينى)

(١٠) الواو حالية.

(١١) أى خلص.

(١٢) أى فى الشبهة الأولى.(عناية)

(١٣) الزانى.

ولم يتمحض [١] فى الثانية.

فشبهة الفعل فى ثمانية مواضع [٢]: جارية أبيه [٣]، وأمّه، وزوجته، والمطلقة ثلاثًا وهى فى العدة [٤]، وبائنًا بالطلاق [٥] على مال و هى [٦] فى العدة، وأمّ ولد أعتقها [٧] مولاها و هى [٨] فى العدة، وجارية المولى [٩] فى حق العبد، والجارية المرهونة فى حق المرتهن فى رواية كتاب الحدود [١٠]، ففى هذه المواضع لا حد إذا قال: ظننت أنها تحل لى، ولو قال: علمت أنها علىّ حرامٌ، وجب الحد.

---

(١) الفعل زنا.

(٢) قوله: "فى ثمانية مواضع" فإذا قال: ظننت أنها تحل لى لا يحد؛ لأن الإنسان ينتفع بمال هؤلاء حسب انتفاعه بمال نفسه، فكان هذا ظنًا فى موضع الاشتباه، فيمتنع الحد، وإن قال الرجل: علمت أنها حرام على، وقالت الجارية: ظننت أنه يحل لى لا يحد واحد منهما. أما المرأة فلدعوى الشبهة، وأما الرجل فلأن الزنا يقوم بهما، فإذا سقط الحد عن المرأة، سقط عن الرجل لمكان الشركة على ما يجيء. (عناية)

(٣) وجده وإن علا. (عينى)

(٤) قوله: "و [حالية] هى فى العدة" فالاشتباه ههنا لبقاء النفقة والسكنى، وحرمة نكاح الأخت وثبوت النسب. (عناية)

(٥) قوله: "وبائنا بالطلاق على مال" إنما قيد الطلاق البائن بالمال؛ لأنه إذا لم يكن على مال، فوطئها فى العدة، فلا حد عليه، وإن قال: علمت أنها على حرام على ما يجيء. (عناية)

(٦) الواو حالية.

(٧) قوله: "وأم ولد إلخ" الشبهة ههنا ما قلنا فى المطلقة ثلاثا، وهى فى العدة من قيام أثر الفراش: فكان الظن فى موضع الاشتباه. (عناية)

(٨) الواو حالية.

(٩) قوله: "وجارية إلخ" الشبهة فى جارية المولى انبساط يد العبد فى مال مولاه، والجارية من ماله، فجاز أن يظن حل الانبساط فيها بالوطئ. (عناية)

(١٠) قوله: "فى رواية كتاب الحدود" يعنى إذا قال المرتهن: ظننت أنها تحل لى لا يحد، وعلى رواية كتاب الرهن: لا يجب الحد سواء ادعى الظن، أو لم يدع؛ لأنه وطئ جارية انعقد له فيها سبب الملك، فلا يجب عليه الحد، اشتبه عليه أو لم يشتبه. وإنما قلنا: انعقد له فيها سبب الملك؛ لأنه بالهلاك يصير مستوفيًا حقه من وقت الرهن، وإذا كان كذلك فقد انعقد له سبب الملك فى الحال، ويحصل حقيقة الملك عند الهلاك.

ووجه ما ذكره فى كتاب الحدود، هو أن عقد الرهن عقد لا يفيد ملك المتعة بحال، فقيامه لا يورث شبهة حكمية، فإن ههنا إنما يملك المرتهن مالية المرهون عند الهلاك، وملك المال بعد الهلاك لا يفيد ملك المتعة فى حال من الأحوال. (عناية)

والشبهة في المحل في ستة مواضع: جارية ابنه[1]، والمطلقة طلاقًا بائنًا[2] بالكنايات، والجارية المبيعة[3] في حق البائع قبل التسليم، والممهورة[4] في حق الزوج قبل القبض، والمشتركة[5] بينه وبين غيره، والمرهونة في حق المرتهن في رواية كتاب الرهن، ففي هذه المواضع لا يجب الحدّ، و إن[6] قال: علمت أنها عليَّ حرام. ثم الشبهة[7] عند أبي حنيفة تثبت بالعقد، وإن كان[8] متفقًا على تحريمه، و[9]هو[10] عالم به[11]، وعند الباقين لا تثبت إذا علم بتحريمه[12]، ويظهر ذلك في نكاح المحارم على ما يأتيك[13]، إن شاء الله تعالى إذا عرفنا هذا[14]. ومن طلق امرأته ثلاثا، ثم

(١) قوله: "جارية ابنه" لقيام المقتضى للملك، وهو قوله صلى الله عليه وعلى آله وسلم: «أنت ومالك لأبيك». (عناية)

(٢) قوله: "والمطلقة طلاقًا بائنًا بالكنايات" لاختلاف الصحابة رضى الله عنهم في كونه رجعية أو بائنة. (عناية)

(٣) قوله: "والجارية المبيعة في حق البائع قبل التسليم" لأن اليد التي كانت بها مسلطًا على الوطئ باقية، فصارت الشبهة في المحل. (عناية)

(٤) والشبهة لقيام ملك اليد. (عناية)

(٥) والشبهة لقيام الملك في النصف. (ع)

(٦) الواو وصلية.

(٧) قوله: "ثم الشبهة إلخ" وهذان النوعان من الشبهة هو ما كان راجعا إلى الفاعل والقائل، وثمة شبهة أخرى، وهي التي تثبت بالعقد. (ع)

(٨) قوله: "وإن [وصلية]كان [العقد] إلخ" يعني سواء كان العقد حلالا أو حرامًا متفقًا عليه، أو مختلفًا فيه، وسواء كان الواطئ عالمًا بالحرمة، أو جاهلا بها، وهو معنى قوله: وهو عالم به أي والحال أنه عالم بالتحريم. (عيني)

(٩) الواو حالية.

(١٠) الواطئ.

(١١) أي بالحرمة.

(١٢) أي بتحريم العقد.

(١٣) قوله: "على ما يأتيك" وذلك عند قوله: ومن تزوج امرأة لا يحل له نكاحها فوطئها، لا يحد عند أبي حنيفة. (عيني)

(١٤) قوله: "إذا عرفنا هذا" أي هذا الذي ذكرناه من بيان نوعي الشبهة نذكر ما يتعلق بهما من المسائل،

وطئها فى العدة، وقال: علمت أنها على حرام حد؛ لزوال الملك المحلّل من كل وجه، فتكون الشبهة منتفية، وقد نطق الكتاب[١] بانتفاء الحل، وعلى ذلك الإجماع. ولا يعتبر قول المخالف فيه[٢]؛ لأنه خلاف لا اختلاف، ولو قال: ظننت أنها تحل لى لا يحد؛ لأن الظن فى موضعه؛ لأن أثر الملك قائم[٣] فى حق النسب[٤]، والحبس[٥]، والنفقة[٦]، فاعتبر ظنه فى إسقاط الحد. وأمّ الولد إذا أعتقها مولاها، والمختلعة، والمطلقة على مالٍ بمنزلة المطلقة الثلاث؛ لثبوت الحرمة بالإجماع، وقيام بعض الآثار[٧] فى العدة. ولو قال لها: أنت خليةٌ، أو بريئةٌ، أو أمرك بيدك، فاختارت نفسها، ثم وطئها فى العدة، وقال: علمت أنها على حرام لم يحد؛ لاختلاف الصحابة[٨] فيه[٩]، فمن مذهب عمر أنها[١٠] تطليقة رجعية، وكذا الجواب[١١] فى سائر الكنايات، وكذا إذا نوى ثلاثًا[١٢]؛ لقيام

فنقول: ومن طلق إلخ. (عينى)

(١) يعنى قوله تعالى: ﴿فإن طلقها فلا تحل له من بعد﴾ إلخ. (عناية)

(٢) قوله: "ولا يعتبر [دفع دخل] قول المخالف فيه" يريد به قول الزيدية والإمامية، فإن الزيدية تقول: إذا طلقها ثلاثًا جملة، لا يقع إلا واحدة، والإمامية تقول: إنه لا يقع شيء أصلا؛ لكونه خلاف السنة، ويزعمون أنه قول على رضى الله عنه لأنه خلاف لا اختلاف. والفرق بينهما أن الاختلاف أن يكون الطريق مختلفًا، والمقصد واحدًا، والخلاف أن يكون كلاهما مختلفًا. (ع)

(٣) فى العدة.

(٤) قوله "فى حق النسب" يعنى النسب باعتبار العلوق السابق على الطلاق لاالنسب بهذاالوطئ، فإنه لايثبت(ع)

(٥) أى المنع عن الخروج. (عينى)

(٦) أى وجوب النفقة. (عينى)

(٧) قوله: "وقيام بعض الآثار" أى بعض آثار الملك مثل وجوب النفقة، ومنعها من الخروج، فإن قال: ظننت أنها تحل لى فى هذه الصور لا يحد للشبهة؛ لأن قيام أثر الملك من العدة ونحوها أورث شبهة. (عينى)

(٨) فقال بعضهم: الكنايات كلها بوائن، وقال بعضهم: رجعيه. (عينى)

(٩) أى فى الطلاق الكنائى.

(١٠) الكنايات.

(١١) قوله: "وكذا الجواب إلخ" أى إن أبانها بشيء من الكنايات، ثم جامعها، وهو يقول: علمت أنها

الاختلاف مع ذلك.

ولا حـدّ على من وطئ جارية ولده، وولد ولده، و إن[(١)] قال: علمت أنها عليّ حرام؛ لأن الشبهة حكمية؛ لأنها نشأت عن دليل، وهو قوله عليه السلام[(٢)]: «أنت ومالك لأبيك»*، والأبوة[(٣)] قائمة فى حق الجد، ويثبت النسب منه[(٤)]، وعليه قيمة الجارية[(٥)]، وقد ذكرناه[(٦)].

وإذا وطئ جارية أبيه، أو أمّه، أو زوجته، وقال: ظننت أنها تحل لى، فلا حد عليه، وعلى قاذفه، وإن قال: علمت أنها عليّ حرام حد، وكذا العبد إذا وطئ جارية مولاه؛ لأن بين هؤلاء انبساطًا فى الانتفاع[(٧)]، فظنه فى الاستمتاع[(٨)] محتمل، فكانت شبهة اشتباه إلا أنه زنا حقيقة، فلا يحد قاذفه، وكذا[(٩)] إذا قالت الجارية: ظننت أنه يحل لى، والفحل[(١٠)] لم يدع فى الظاهر[(١١)]؛ لأن الفعل واحد[(١٢)].

علي حرام، فلا حد عليه. (عينى)

(١٢) قوله: "وكذا الخ" أى كذلك الحكم إذا نوى من ألفاظ الكناية ثلاثًا، ثم وطئها فى العدة لا يحد، وإن قال: علمت أنها حرام علي؛ لأن اختلاف الصحابة لا يرتفع بنية الثلث، فكانت الشبهة قائمة، فلا يجب الحد. (عناية)

(١) الواو وصلية.

(٢) أخرجه الطبراني فى "الصغير" عن جابر. (عينى)

* راجع نصب الراية ج٣ ص٣٣٧، والدراية ج٢، الحديث ٦٦٦ ص١٠٢. (نعيم)

(٣) يشير بذلك إلى أن حكم الجد مثل حكم الأب فى عدم وجوب الحد، وإن كان الأب حيًا. (عينى)

(٤) أى من الأب.

(٥) لأنه يملكها عند ثبوت النسب. (عينى)

(٦) قوله: "وقد ذكرناه" أى فى باب نكاح الرقيق. (عينى)

(٧) قوله: "انبساطًا فى الانتفاع" لأن الابن يتناول مال أبويه، وينتفع به للأكل والصرف، وكذا الزوج فى مال الزوجة، وكذا العبد فى مال مولاه. (عينى)

(٨) أى فى حل الاستمتاع.

(٩) قوله: "وكذا إلخ" معطوف على قوله: وقال: ظننت أنها تحل لى. (عينى)

(١٠) الواو حالية.

(١١) متعلق بقوله: وكذا [أى لا حد على العبد فى ظاهر الرواية. عناية].

(١٢) قوله: "لأن الفعل واحد" أى لأن فعلهما واحد، فإذا سقط عنها الحد، سقط عنه. (عينى)

وإن وطئ جارية أخيه، أو عمه، وقال: ظننت أنها تحل لى حدّ؛ لأنه لا انبساط فى المال فيما بينهما، وكذا سائر المحارم(١) سوى الولاد؛ لما بينا(٢). ومن زُفت(٣) إليه غير امرأته، وقالت النساء: إنها زوجتك فوطئها، لا حد عليه، وعليه المهر قضى بذلك على(٤)، وبالعدة(٥)، ولأنه(٦) اعتمد دليلا، وهو الإخبار فى موضع الاشتباه؛ إذ الإنسان لا يميز بين امرأته، وبين غيرها فى أول الوهلة، فصار كالمغرور(٧)، ولا يحد قاذفه إلا فى رواية عن أبى يوسف(٨)؛ لأن الملك منعدم حقيقةً.

ومن وجد امرأة على فراشه فوطئها، فعليه الحد؛ لأنه لا اشتباه بعد طول الصحبة، فلم يكن الظن مستندًا إلى دليل، وهذا(٩) لأنه قد ينام(١٠) على فراشها غيرها(١١) من المحارم التى فى بيتها، وكذا(١٢) إذا كان(١٣)

---

(١) كالخال والخالة. (عينى)

(٢) قوله: "لما بينا" يعنى قوله: لأنه لا انبساط فى المال فيما بينهما. (عناية)

(٣) قوله: "ومن زفت [أى بعثت. عينى] إلخ" هذا من باب الشبهة فى المحل؛ لأن الفعل صدر منه؛ بناء على دليل أطلق الشرع له العمل به، وهو الإخبار بأنها امرأته، فجعل الملك كالثابت لدفع ضرر الغرور. (عناية)

(٤) هذا غريب جدًا. (عينى)

(٥) أى وقضى بوجوب العدة. (عينى)

(٦) أى لأن المزفوف إليه.

(٧) قوله: "فصار كالمغرور" وهو الذى وطئ امرأة معتمدًا على ملك يمين، أو نكاح، ثم استحقت، فلا يجب عليه الحد للاشتباه، فكذا الذى زفت إليه غير امرأته بهذا المعنى. (عينى)

(٨) قوله: "إلا فى رواية عن أبى يوسف" يعنى أنه يقول فيها: إن إحصانه لم يسقط بهذا الفعل؛ لأنه مبنى الحكم على الظاهر، فقد كان هذا الوطئ حلالا فى الظاهر، فلا يسقط به إحصانه، ووجه الظاهر أن الملك منعدم حقيقته، فلم يبقَ الظاهر إلا شبهة، وبها يسقط الحد، ولا يقام الحد على قاذفه. (عناية)

(٩) أى عدم الاشتباه.

(١٠) قوله: "لأنه قد ينام إلخ" يعنى فلا يصح مجرد النوم على فراشها دليلا شرعيًا، فكان مقصرًا، فيجب الحد. (عناية)

(١١) الزوجة.

(١٢) أى عليه الحد.

أعمى؛ لأنه يمكنه التمييز بالسؤال وغيره، إلا إذا كان دعاها فأجابته أجنبيةٌ، وقالت[(١)]: أنا زوجتك فواقعها[(٢)]؛ لأن الإخبار دليل.

ومن تزوج امرأةً[(٣)] لا يحل له نكاحها فوطئها، لا يجب عليه الحد عند أبى حنيفة لكنه يوجع[(٤)] عقوبةً إذا كان علم بذلك. وقال أبو يوسف ومحمد والشافعى: عليه الحد، إذا كان عالمًا بذلك؛ لأنه عقدٌ لم يصادف محله فيلغو، كما إذا أضيف[(٥)] إلى الذكور، وهذا[(٦)] لأن محل التصرف ما يكون محلا لحكمه[(٧)]، وحكمه الحل، وهى من المحرمات. ولأبى حنيفة أن العقد صادف محله؛ لأن محل التصرف ما يقبل مقصوده، والأنثى من بنات بنى آدم قابلة للتوالد، وهو المقصود[(٨)]، فكان ينبغى أن ينعقد[(٩)] فى حقّ جميع الأحكام إلا أنه تقاعد[(١٠)] عن إفادة حقيقة الحل، فيورث[(١١)] الشبهة؛ لأن الشبهة ما يشبه الثابت، لا نفس الثابت إلا أنه[(١٢)] ارتكب جريمة، وليس فيها حدّ مقدرٌ فيعزر.

ومن وطئ أجنبية فيما دون الفرج[(١٣)] يعزر؛ لأنه منكر ليس فيه شيء

(١٣) الواطئ الواجد على فراشه امرأة.

(١) قوله: "وقالت إلخ" وإنما قال: وقالت: أنا زوجتك؛ لأنها إذا أجابت بالفعل، ولم تقل ذلك فواقعها وجب عليه الحد، كذا فى "الإيضاح". (عناية)

(٢) لا يجب الحد. (عينى)

(٣) من المحارم.

(٤) أى يضرب ضربًا مؤلمًا بطريق التعزير.

(٥) العقد.

(٦) بيان لقوله: عقد لم يصادف محله. (عناية)

(٧) يعنى أن هذا المحل ليس محلا لحكمه، فإن حكمه الحل.

(٨) من النكاح.

(٩) النكاح.

(١٠) بتحريم الشرع فى ديننا. (ع)

(١١) هذا العقد.

(١٢) أى فلا يجب الحد إلا أنه إلخ.

(١٣) قوله: "فيما دون الفرج" أى فى غير السبيلين كالتفخيذ والتبطين. (عناية)

مقدر، ومن أتى امرأة[١] في الموضع المكروه[٢]، أو عمل عمل قوم لوط[٣]، فلا حد عليه عند أبي حنيفة، ويعزر، وقال[٤] في "الجامع الصغير": ويودع في السجن[٥]، وقالا: هو كالزنا فيحد[٦]، وهو أحد قولي الشافعي. وقال في قول: يقتلان بكل حال[٧]؛ لقوله عليه السلام: «اقتلوا الفاعل والمفعول[٨]»*، ويروى: «فارجموا الأعلى والأسفل[٩]»**. ولهما أنه[١٠] في معنى الزنا؛ لأنه قضاء الشهوة[١١] في محل مشتهى على سبيل الكمال على وجه تمحّض حرامًا لقصد سفح الماء. وله أنه[١٢] ليس بزنا لاختلاف الصحابة[١٣] في موجبه من الإحراق

(١)قوله: "امرأة" قيل: يريد به أجنبية؛ لأنه إذا أتى امرأته، أو مملوكته في الموضع المكروه أي الدبر لا يحد حد الزنا عندهما أيضاً، وإن كان محرما عليه، وبه صرح في "الزيادات"؛ لأن من الناس من يستحله؛ لقوله تعالى: ﴿إلا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم﴾ من غير فصل بين محل ومحل. (عناية)

(٢) أي الدبر.

(٣) أي أتى في دبر الذكر. (عيني)

(٤) محمد. (عيني)

(٥)إلى أن يتوب أو يموت.

(٦) قوله: "فيحد" حد الزنا جلداً إن كان غير محصن، ورجمًا إن كان محصنًا. (عناية)

(٧)أي سواء كانا محصنين، أو لم يكونا. (ع)

(٨) قوله: "اقتلوا إلخ" رواه أبو داود والترمذي وابن ماجة من حديث عكرمة عن ابن عباس رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ «من وجدتموه يعمل عمل قوم لوط فاقتلوا الفاعل والمفعول». (عيني)

* راجع نصب الراية ج٣ ص٣٣٩، والدراية ج٢، الحديث ٦٦٧ ص١٠٣. (نعيم)

(٩)قوله: "ويروى: «فارجموا» إلخ" روى هذا الحديث ابن ماجة من حديث أبي هريرة قال: قال رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم: «الذي يعمل عمل قوم لوط فارجموا الأعلى والأسفل». (عناية)

** راجع نصب الراية ج٣ ص٣٤١، وانظر في الدراية ج٢ تحت الحديث رقمه ٦٥٦ ص١٠٣. (نعيم)

(١٠) قوله: "أنه" أي كل واحد من العمل في الموضع المكروه وفعل اللواطة. (عناية)

(١١) قوله: "لأنه قضاء الشهوة" وهو مناط الحد في الزنا، فيلحق به اللواطة بالدلالة، لا بالقياس؛ لأن القياس لا يدخل فيما يدرأ بالشبهات. (عناية)

(١٢)أي أن الإتيان في الدبر. (عيني)

(١٣) ولم يختلفوا في موجب الزنا، فدل على أنه ليس بزنا. (ع)

بالنار[١]، وهدم الجدار، والتنكيس من مكانٍ مرتفع باتباع الأحجار وغير ذلك، ولا هو في معنى الزنا[٢]؛ لأنه ليس فيه إضاعة الولد[٣]، واشتباه الأنساب، وكذا هو أندر وقوعًا[٤]؛ لانعدام الداعي[٥] في أحد الجانبين[٦]، والداعي إلى الزنا من الجانبين، وما رواه[٧] محمولٌ على السياسة، أو على المستحل[٨] إلا أنه يعزر[٩] عنده[١٠]؛ لما بيناه.

ومن وطئ بهيمة، فلا حد عليه؛ لأنه ليس في معنى الزنا في كونه جناية[١١]، وفي وجود الداعي؛ لأن الطبع السليم ينفر عنه[١٢]، والحامل عليه[١٣] نهاية السفه، أو فرطُ الشبق[١٤]، ولهذا لا يجب ستره[١٥] إلا أنه

---

(١) قوله: "من الإحراق بالنار" كتب أبو بكر إلى خالد بن الوليد بإحراقه بالنار، رواه الواقدي في كتاب الردة في آخر ردة بني سليم: وهدم الجدار، قال العيني: لم أجد أحدًا، أخرج هذا عن أحد من الصحابة، والتنكيس من مكان مرتفع باتباع الأحجار يعني ينكسان من أعلى المواضع، ثم يتبعان بالحجارة.

روى ابن أبي شيبة في "مصنفه": أن ابن عباس أمر بذلك وغير ذلك، وهو قول بعضهم يحبسان في أنتن المواضع حتى يموتا، ملخص عيني وغيره.

(٢) قوله: "ولا هو في معنى الزنا" وإذا لم يكن في معناه لا يلحق به دلالة، فيبقى القياس، والقياس في مثله باطل. (عناية)

(٣) بخلاف الزنا. (عناية)

(٤) من الزنا (عناية)

(٥) يعني على ما هو الجبلة السليمة.

(٦) أي جانب المفعول. (عيني)

(٧) أي الشافعي من قتلهما، أو رجمهما. (عناية)

(٨) لكفره بذلك. (عناية)

(٩) قوله: "إلا أنه يعزر عنده" استثناء من قوله: ولا هو في معنى الزنا؛ لما بيناه من أنه ارتكب جريمة، وليس فيه حد مقرر، قال في "الزيادات": والرأي إلى الإمام إن شاء قتله إن اعتاد ذلك، وإن شاء ضربه وحبسه. (عنايه)

(١٠) أبي حنيفة رحمه الله.

(١١) قوله "لأنه ليس في معنى الزنا في كونه جناية" إذ ليس فيه تضييع الولد، ولا إفساد الفراش. (ع)

(١٢) أي عن وطئ البهيمة.

(١٣) أي على وطئ البهيمة.

(١٤) قوله: "الشبق" بفتح الشين المعجمة وفتح الباء الموحدة هيجان الشهوة، كذا في "حواشي الشهاب

يعزّر؛ لما بينا[١]، والذى يروى[٢] أنه تذبح البهيمة وتحرق*، فذلك لقطع التحدث به[٣]، وليس بواجب. ومن زنى فى دار الحرب، أو فى دار البغى، ثم خرج إلينا[٤] لا يقام عليه الحدّ، وعند الشافعى يحد؛ لأنه التزم بإسلامه أحكامَه أينما كان مقامُه. ولنا قوله عليه السّلام[٥]: «لا يقام الحدود فى دار الحرب[٦]»**، ولأن المقصود[٧] هو الانزجار، وولاية الإمام منقطعة فيهما، فيعرى الوجوب عن الفائدة، ولا يقام[٨] بعد ما خرج؛ لأنها[٩] لم تنعقد موجبة[١٠]، فلا تنقلب موجبة، ولو غزى من له

على تفسير البيضاوى".

(١٥) قوله: "ولهذا [أى لأجل نفرة الطبع السليم. عينى] لا يجب ستره" أى ستر فرج البهيمة، وإنما أضمر عليه، وإن لم يسبق ذكره؛ لأن ذكر البهيمة يستلزمه، فكان مرجعه مذكوراً حكمًا. (عينى)

(١) قوله: "لما بينا" يعنى قوله: ارتكب جريمة، وليس فيها حد. (عينى)

(٢) قوله: "والذى يروى أنه إلخ" هذا بهذا اللفظ غريب، نعم روى الأربعة من حديث عكرمة عن ابن عباس قال: قال رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم: «من أتى بهيمة فاقتلوه واقتلوها». (عينى)

* راجع نصب الراية ج٣ ص٣٤٢، والدراية ج٢، الحديث ٦٦٨ ص١٠٤. (نعيم)

(٣) قوله: "لقطع التحدث به" كى لا يعير بها الرجل إذا كانت البهيمة باقية. (ع)

(٤) وأقر عند الإمام بالزنا. (عناية)

(٥) قوله: "ولنا قوله عليه السلام: «لا يقام» إلخ" هذا الحديث غريب، وأخرج البيهقى عن الشافعى قال: قال أبو يوسف: حدثنا بعض أشياخنا عن مكحول عن زيد بن ثابت قال: «لا يقام الحدود فى دار الحرب» مخافة أن يلحق أهلها، والمراسيل عندنا حجة كالمسند. (عينى)

(٦) قوله: "لا يقام الحدود إلخ" وجه التمسك به أنه عليه الصلاة والسلام لم يرد به حقيقة عدم الإقامة حسا؛ لأن كل واحد يعرف أنه لا يمكن إقامة الحد فى دار الحرب؛ لانقطاع ولاية الإمام عنها، فكان المراد بعدم الإقامة عدم وجوب الحد. (ع)

** راجع نصب الراية ج٣ ص٣٤٣، والدراية ج٢، الحديث ٦٦٩ ص١٠٤. (نعيم)

(٧) قوله: "ولأن المقصود إلخ" يعنى أن وجوب الحد ليس بعينه، وإنما هو للانزجار، والانزجار يحصل بالاستيفاء، والاستيفاء متعذر لانقطاع ولاية الإمام، فلو وجب الحد، لعرى عن الفائدة، وذلك لا يجوز، وإذا لم ينعقد موجباً، لا يقام بعد ما خرج؛ لئلا يقع الحكم بغير سبب. (ع)

(٨) الحد.

(٩) أى لأن فاحشة الزنا.

(١٠) للحد.

ولاية الإقامة بنفسه كالخليفة، وأمير المصر يقيم الحد على من زنى فى معسكره[١]؛ لأنه[٢] تحت يده، بخلاف أمير العسكر[٣] والسّرية[٤]؛ لأنه لم يفوض إليهما[٥] الإقامة. وإذا دخل حربى دارنا بأمانٍ، فزنى بذمية، أو زنى ذمى بحربية[٦] يحد الذمّى والذمية عند أبى حنيفة، ولا يحد الحربى والحربية، وهو قول محمد فى الذمى يعنى إذا زنى بحربية، فأما إذا زنى الحربى بذمية لا يحدان عند محمد، وهو قول أبى يوسف أولا.

وقال أبو يوسف: يحدون كلهم، وهو قوله الآخر، لأبى يوسف: أن المستأمن التزم أحكامنا[٧] مدةَ مقامه فى دارنا فى المعاملات، كما أن الذمى التزمها[٨] مدة عمره، ولهذا يحدّ حد القذف، ويُقتل قصاصًا، بخلاف[٩] حد الشرب[١٠]؛ لأنه يعتقد إباحتَه.

ولهما أنه ما دخل[١١] للقرار بل لحاجةٍ، كالتجارة ونحوها، فلم يصر من أهل دارنا، ولهذا تمكن من الرجوع إلى دار الحرب، ولا يقتل المسلم،

(١) قوله: "فى معسكره" إشارة إلى أنه لو خرج من معسكره، ودخل دار الحرب، وزنى فيها، ثم خرج لا يقام عليه الحد. (ع)

(٢) أى المعسكر.

(٣) فإنه ليس له إقامة الحد.

(٤) قيل هم الذين يسيرون بالليل، ويخفون بالنهار، ومنه خير السرايا أربع مائة. (ع)

(٥) أى إلى أمير العسكر والسرية.

(٦) مستأمنة.

(٧) ومن التزم أحكامنا تنفذ عليه كالمسلم والذمى. (عناية)

(٨) أى أحكامنا.

(٩) قوله: "بخلاف" أى فإن قيل: لو كان كذلك لأقيم عليه حد الشرب؛ لأنه من أحكامنا، أجاب بقوله: بخلاف إلخ فإن قلت: فهو يعتقد إباحة قتل المسلم وقذفه، فينبغى أن لا يقتص منه، ولا يحد بقذفه، قلت: المعنى باعتقاد الإباحة هو أن يكون ذلك دينا، وقتل النفس والقذف حرام فى دينهم فإباحتهم ذلك ليس بدين، وإنما هو هوى، وتعصب. (عناية)

(١٠) فإنه لا يقام هذا الحد على الحربى المستأمن.

(١١) فى دار الإسلام.

ولا الذمى به فإنما التزم من الحكم ما يرجع[١] إلى تحصيل مقصوده، وهو حقوق العباد؛ لأنه لما طمع[٢] فى الإنصاف يلتزم الانتصاف، والقصاص وحد القذف من حقوقهم[٣]، أما حد الزنا[٤] حق الشرع[٥].

ولمحمد[٦] -وهو الفرق[٧]- أن الأصل فى باب الزنا فعل الرجل، والمرأة تابعة له على ما نذكره[٨]، إن شاء الله تعالى، فامتناعُ الحد[٩] فى حق الأصل يوجب[١٠] امتناعه[١١] فى حق التبع.

أما الامتناع[١٢] فى حق التبع لا يوجب الامتناع فى حق الأصل[١٣]، نظيره إذا زنى البالغ بصبية[١٤]، أو مجنونة، وتمكين البالغة من الصبى والمجنون[١٥]. ولأبى حنيفة فيه أن فعل الحربى المستأمن زنا[١٦]؛ لأنه

---

(١) لا جميع الأحكام.

(٢) قوله: "لأنه لما طمع إلخ" أى لأنه لم يدخل إلا طامعًا فى الإنصاف أى العدل لأجله على غيره، فيلتزم الانتصاف هى العدل لغيره عليه؛ لأن العز بإزاء الغنم والقصاص وحد القذف من حقوق العباد، فكان داخلا فى الانتصاف. (عناية)

(٣) العباد.

(٤) فلا يجرى عليه.

(٥) فلا يكون داخلا فى الانتصاف. (ع)

(٦) قوله: "ولمحمد" لما فرغ عن الجواب عن قول أبى يوسف، شرع فى كل منهما فى إثبات ما ذهب إليه، فقال محمد: الأصل إلخ. (عناية)

(٧) بين الذمى والذمية.

(٨) فى مسألة زنى صحيح بمجنونة، أو صغيرة. (عينى)

(٩) فيما إذا زنى الحربى بذمية. (عناية)

(١٠) وإلا فلا يكون تبعًا، فكان خلفًا. (عناية)

(١١) الحد.

(١٢) فيما إذا زنى الذمى بحربية. (عناية)

(١٣) قوله: "لا يوجب الامتناع فى حق الأصل" وإلا لكان مستتبعا وكان أصلا، والفرضُ أنه تبع، وذلك خلف باطل. (عناية)

(١٤) قوله: "إذا زنى البالغ إلخ" فإنه يحد البالغ دونها؛ لأن الامتناع فى حق التبع لا يستلزمه فى حق الأصل. (ع)

(١٥) قوله: "وتمكين البالغة من الصبى والمجنون" فإنه لا يجب الحد عليهما؛ لأن الامتناع فى حق الأصل

مخاطب بالحرمات[١] على ما هو الصحيح[٢]، و إن[٣] لم يكن مخاطبًا بالشرائع على أصلنا[٤]، والتمكين من فعلٍ هو زنا موجبٌ للحد عليها، بخلاف الصبي والمجنون[٥]؛ لأنهما لا يخاطبان، ونظير هذا الاختلاف إذا زنى المكرَهُ بالمطاوعة، تحد المطاوعة عنده[٦]، وعند محمد لا تحد[٧].

قال[٨]: وإذا زنى الصبي، أو المجنون بامرأة طاوعته، فلا حد عليه، ولا عليها، وقال زفر والشافعي: يجب الحد عليها، وهو رواية عن أبي يوسف. وإن زنى صحيح بمجنونةٍ، أو صغيرة تجامع مثلها[٩] حد الرجل خاصة، وهذا بالإجماع. ولهما أن العذر[١٠] من جانبها[١١] لا يوجب سقوط

يستلزمه في حق التبع. (عناية)

(١٦) قوله: "أن فعل الحربي المستأمن زنا" إلا أنه لا يقام عليه الحد؛ لوجوب تبليغه مأمنه بقوله تعالى: ﴿ثم أبلغه مأمنه﴾، وإذا كان كذلك، كان تمكين المرأة منه زنا؛ لأن التمكين من فعل الزنا، والزنا يوجب الحد بقوله: ﴿الزانية والزاني فاجلدوا﴾، فيجب الحد عليها؛ لوجوب المقتضي وانتفاء المانع، بخلاف الحربي لتحقق المانع، وهو تبليغه مأمنه. (عناية)

(١) قوله: "بالحرمات" والمراد بالحرمات ترك الامتثال بالأوامر، والانتهاء عن النواهي، فإن الكفار مخاطبون بالعبادات من حيث الترك تضعيفًا للعذاب عليهم. (عناية)

(٢) قوله: "على ما هو الصحيح" احتراز عن قول بعض مشايخنا العراقيين رحمهم الله تعالى فإنهم قالوا بكونهم مخاطبين بالشرائع كلها: العبادات، والحرمات، والمعاملات. (عناية)

(٣) الواو وصلية.

(٤) قوله: "على أصلنا" إشارة إلى قول بعض أصحابنا رحمهم الله فإنهم قالوا: الكفار غير مخاطبين بالشرائع، وقال شمس الأئمة السرخسي ومشايخ ديارنا يقولون: إنهم لا يخاطبون بأداء ما يحتمل السقوط من العبادات.

(٥) قوله: "بخلاف الصبي إلخ" جواب عن مستشهد محمد على أن سقوط الحد من الأصل يوجب السقوط من التبع، ووجه ذلك أن هذا ليس نظير ما نحن فيه؛ لأن الصبي والمجنون لا يخاطبان، فلا يكون فعلهما زنا، والتمكين من غير الزنا ليس بزنا، فلا يوجب الحد، والحربي مخاطب، ففعله زنا، والتمكين من الزنا زنا يوجب الحد. (عناية)

(٦) أبي حنيفة رحمه الله.

(٧) لسقوط الحد عن الأصل أي الزاني المكره.

(٨) أي محمد في "الجامع الصغير". (عيني)

(٩) الصغيرة.

(١٠) قوله: "أن العذر [كما في صورة الجماع. عناية] إلخ" حاصله قياس أحد الجانبين بالآخر. (عناية)

الحد من جانبه[١]، فكذا العذر من جانبه[٢]، وهذا[٣] لأن كلا منهما[٤] مؤاخذٌ بفعله. ولنا أن فعل الزنا يتحقق منه[٥]، وإنما هي[٦] محلّ الفعل، ولهذا يسمى هو واطئًا وزانيًا، والمرأة موطوءةً ومزنيًا بها، إلا أنها سميت زانية مجازًا تسميةً للمفعول باسم الفاعل كالراضية في معنى المرضية، أو لكونها مسببةً بالتمكين، فيتعلق الحد في حقها[٧] بالتمكين من قبيح الزنا[٨]، وهو فعل من هو مخاطبٌ بالكف عنه، ومؤثمٌ على مباشرته، وفعل الصبيّ ليس بهذه الصفة[٩]، فلا يناط به الحدُّ.

قال[١٠]: ومن أكرهه السلطان حتى زنى، فلا حدّ عليه، وكان أبو حنيفة يقول أولا: يحدّ، وهو قول زفر؛ لأن الزنا من الرجل لا يكون إلا بعد انتشار الآلة، وذلك[١١] دليل الطواعية، ثم رجع[١٢] عنه، فقال: لا حد عليه؛ لأن سببه الملجئ قائم ظاهرًا، والانتشار دليل متردد؛ لأنه قد يكون من غير قصد؛ لأن الانتشار[١٣] قد يكون طبعًا لا طوعًا،

---

(١١) المرأة، كما إذا كانت مجنونة أو صغيرة.

(١) الرجل.

(٢) قوله: "فكذا العذر من جانبه" وهو في الصورة المختلف فيها لا يوجب سقوط الحد من جانبه. (عناية)

(٣) بيان الجامع.

(٤) أي من الزاني والزانية.

(٥) الرجل.

(٦) المرأة.

(٧) المرأة.

(٨) من إضافة الصفة إلى الموصوف.

(٩) قوله: "ليس بهذه الصفة إلخ" أي ليس بهذه المثابة؛ لأن الصبي ليس بمخاطب بالكف عن الزنا، وليس بمؤثم أيضًا. (عيني)

(١٠) أي محمد في "الجامع الصغير". (عيني)

(١١) انتشار الآلة.

(١٢) الإمام الأعظم رحمه الله.

(١٣) أي انتشار الآلة.

كما في النائم[١]، فأورث شبهة، وإن أكرهه غير السلطان حد عند أبي حنيفة. وقالا: لا يحد؛ لأن الإكراه عندهما قد يتحقق من غير السلطان؛ لأن المؤثر خوف الهلاك، وإنه يتحقق من غيره[٢].

وله أنّ الإكراه من غيره[٣] لا يدوم إلا نادر التمكنة من الاستعانة بالسلطان، أو بجماعة المسلمين، ويمكنه[٤] دفعه بنفسه بالسلاح، والنادر لا حكم له، فلا يسقط به الحد، بخلاف السلطان[٥]؛ لأنه لا يمكنه الاستعانة بغيره[٦]، ولا الخروج بالسلاح عليه فافترقا[٧].

ومن أقر[٨] أربع مرات في مجالس مختلفة أنه زنى بفلانة، وقالت: هي تزوجني[٩]، أو أقرت بالزنا، وقال الرجل: تزوجتها، فلا حد عليه[١٠]، وعليه المهر في ذلك[١١]؛ لأن دعوى النكاح يحتمل الصدق، وهو يقوم بالطرفين، فأورث شبهة، وإذا سقط الحد وجب المهر تعظيمًا لخطر البضع. ومن زنى بجارية[١٢] فقتلها، فإنه يحد، وعليه القيمة

---

(١) قوله: "كما في النائم" فإن النائم قد ينتشر آلته لفرط فحولته، وإن لم يكن له قصد واختيار. (عيني)

(٢) السلطان.

(٣) أي من غير السلطان.

(٤) قوله: "وتمكنه" بالجر عطف على قوله: لتمكنه؛ وقوله: دفعه منصوب مفعول المصدر. (عيني)

(٥) فإن إكراهه معتبر.

(٦) أي بغير السلطان.

(٧) أي اسلطان وغيره.

(٨) هذا قول محمد في "الجامع الصغير"، كذا قال العيني.

(٩) أي الرجل.

(١٠) قوله: "فلا حد عليه" ولا عليها، كذا في "الكافي"، وفي بعض النسخ عليهما. (عيني)

(١١) قوله: "في ذلك" يعني في كلتا الصورتين دعوى الرجل النكاح، ودعواه المرأة. (ع)

(١٢) قوله: "بجارية" إنما وضع المسألة في الجارية، وإن كان هذا الحكم، وهو وجوب الحد مع الضمان لا يتفاوت بين الحرة والجارية، فإنه لو فعل ذلك مع الحرة وجب عليه الحد، والدية على العاقلة؛ لما أن شبهة عدم وجوب الحد على الزنا، وعند أداء الضمان إنما ترد في حق الجارية، لا في حق الحرة؛ لأن الأمة تصلح أن تكون

معناه[١] قتلها بفعل الزنا؛ لأنه جنى جنايتين[٢]، فيوفر على كل واحد منهما حكمه.

وعن أبى يوسف لا يحد؛ لأن تقرر[٣] ضمان القيمة سببٌ لملك الأمة، فصار كما إذا اشتراها بعد ما زنى بها، وهو على هذا الاختلاف[٤]، واعتراضُ سبب الملك قبل إقامة الحد يوجب سقوطه[٥]، كما إذا ملك[٦] المسروق[٧] قبل القطع[٨]. ولهما[٩] أنه[١٠] ضمان قتل، فلا يوجب الملك؛ لأنه ضمان دمٍ[١١]، ولو كان يوجبه[١٢]، فإنما يوجبه فى العين، كما فى هبة المسروق، لا فى منافع البضع؛ لأنها استوفيت، والملك يثبت مستنداً، فلا يظهر فى المستوفى؛ لكونها معدومة، وهذا بخلاف[١٣] ما إذا زنى بها،

ملكًا للزانى عند أداء الضمان بشبهة أن لا يجتمع البدلان فى ملك شخص واحد. (عناية)

(١) أى معنى قول محمد، فقتلها.

(٢) الزنا والقتل.

(٣) على الزانى.

(٤) قوله: "وهو على هذا الاختلاف" أى شراء الجارية بعد الزنا بها قبل إقامة الحد على هذا الاختلاف، عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى يحد، خلافًا لأبى يوسف، فكان رد المختلف إلى المختلف، لكن الخلاف فى المشتراة بعد الزنا مذكور فى ظاهر الرواية، بخلاف ما نحن فيه. (عناية)

(٥) الحد.

(٦) السارق.

(٧) بأن وهبه المسروق منه مثلا.

(٨) فيسقط حد السرقة.

(٩) أبى حنيفة ومحمد.

(١٠) أى أن هذا الضمان.

(١١) قوله: "لأنه ضمان دم" وضمان الدم يجب بعد الموت، والميت ليس بمحل للملك. (عناية)

(١٢) قوله: "ولو كان [هذا تنزل] يوجبه [هذا الضمان] إلخ" يعنى سلمنا أن ضمان القتل يوجب الملك لكن إنما يوجبه فى العين، لما ذكرتم فى هبة المسروق، لا فى منافع البضع؛ لأنها استوفيت وتلاشت، فلم تكن قابلة للملك حالة الضمان، ولا مستنداً؛ لأن المستند لا يظهر فى المعدوم، والمنافع المستوفيات معدومة. (عناية)

(١٣) قوله: "وهذا [متعلق بأصل الجواب، لا بالتنزل] بخلاف إلخ" جواب الصورة يمكن أن يستشهد بها

فأذهب عينها يجب عليه قيمتُها، ويسقط الحد؛ لأن الملك هنالك يثبت فى الجثة العمياء، وهى عين فأورثت شبهة.

قال[1]: وكل شيء صنعه الإمام[2] الذى ليس فوقه إمامٌ، فلا حد عليه إلا القصاص، فإنه يؤخذ به وبالأموال؛ لأن الحدود حق الله تعالى، وإقامتُها إليه، لا إلى غيره، ولا يمكنه أن يقيم على نفسه؛ لأنه لا يفيد، بخلاف حقوق العباد؛ لأنه يستوفيه[3] ولىّ الحقّ[4]، إما بتمكينه[5] أو بالاستعانة بمنعة[6] المسلمين، والقصاص والأموال منها.

وأما حد القذف قالوا: المغلب فيه[7] حق الشرع، فحكمه كحكم سائر الحدود التى هى حق الله تعالى.

باب الشهادة على الزنا[8] والرجوع عنها

قال[9]: وإذا شهد الشهود بحدٍ متقادم لم يمنعهم عن إقامته[10] بُعدهم

أبو يوسف. وتقريره: أن الزانى بالضمان يملك الجثة العمياء؛ لكونها قابلة للملك؛ إذ هى عين موجودة، فتورث الشبهة. (ع)

(١) أى محمد فى "الجامع الصغير". (عينى)

(٢) أى الخليفة.

(٣) حق العبد.

(٤) الولى أو الوصى.

(٥) أى بتمكين الإمام إياه فى أخذ حقه. (عينى)

(٦) بفتحات جمع مانع، ويستعمل بمعنى العسكر، وجاء مصدر أيضًا، كذا قال الشهاب فى حواشى تفسير البيضاوى.

(٧) قوله: "المغلب إلخ" ولقائل أن يقول: لو كان المغلب فيه حق الشرع، لوجب أن لا يحد المستأمن إذا قذف، كما لو زنى، وقد تقدم أنه يحد؛ لأنه حق العبد. والجواب أن قذف القاذف يشتمل على حقين لا محالة، فيشمل بكل منهما بحسب ما يليق به، وما يليق بالحربى أن يكون حق العبد؛ لإمكان الاشتباه، وما يليق الإمام أن يكون حق الله تعالى؛ لأنه ليس فوقه إمام يستوفيه منه. (ع)

(٨) قوله: "باب الشهادة إلخ" قد ذكرنا أن ثبوت الزنا عند الإمام إنما يكون بأحد شيئين لا غير، وهما الإقرار والشهادة، وأخر الشهادة ههنا عن الإقرار لقلة ثبوت الزنا بالشهادة وندرته. (عناية)

(٩) أى القدورى. (عينى)

عن الإمام لم تقبل شهادتهم إلا فى حد القذف خاصة .

وفى "الجامع الصغير[١]" : وإذا شهد عليه الشهود بسرقة، أو بشرب خمر، أو بزنا بعد حينٍ لم يؤخذ به، وضمن السرقة .

والأصل أن الحدود الخالصة حقًا لله تعالى تبطل بالتقادم، خلافًا للشافعى، وهو[٢] يعتبرها بحقوق العباد[٣]، وبالإقرار[٤] الذى هو إحدى الحجتين. ولنا أن الشاهد مخير بين الحسبتين[٥] من أداء الشهادة والستر، فالتأخير[٦] إن كان لاختيار الستر، فالإقدام على الأداء[٧] بعد ذلك لضغينة[٨] هيَّجَتْه، ولعداوةٍ حرّكَتْه، فيتهم[٩] فيها، وإن كان التأخير[١٠]، لا للستر يصير فاسقًا آثمًا، فتيقنا بالمانع، بخلاف الإقرار؛ لأن الإنسان لا يعادى نفسَه، فحدّ الزنا، وشربِ الخمر والسرقةِ خالص حق الله تعالى حتى يصح الرجوع عنها بعد الإقرار، فيكون التقادم فيه مانعًا[١١] .

---

(١٠) الحد.

(١) قوله: "وفى الجامع الصغير إلخ" أعاد لفظ "الجامع الصغير" لاشتماله على زيادة إيضاح هى تعديد ما يوجب الحد صريحاً من السرقة، وشرب الخمر، والزنا، وزيادة الحين الذى استفاد منه بعض المشايخ قدر ستة أشهر فى التقادم، وزيادة إثبات الزمان فى السرقة، ثم كما لا يحد المشهود عليه لا يحد الشهود أيضاً حد القذف فى الشهادة بالزنا؛ لأن عددهم متكامل، والأهلية للشهادة موجودة، وذلك يمنع أن يكون كلامهم قذفًا. (عناية)

(٢) أى الشافعى.

(٣) فإنها لا تبطل بالتقادم.

(٤) فإن الحدود تجرى بالإقرار وإن تقادم الزمان.

(٥) الأجرين.

(٦) أى تأخير الشهادة.

(٧) أى أداء الشهادة.

(٨) كسفينة، كينه. (من)

(٩) الشاهد.

(١٠) فى الشهادة.

(١١) عن قبول الشهادة.

وحدُّ القذف فيه حق العبد؛ لما فيه من دفع العار عنه[١]، ولهذا لا يصح رجوعه بعد الإقرار، والتقادم غير مانع فى حقوق العباد؛ لأن الدعوى فيه[٢] شرط، فيحتمل تأخيرهم[٣] على انعدام الدعوى، فلا يوجب تفسيقهم، بخلاف حد السرقة[٤]؛ لأن الدعوى ليست بشرط للحد[٥]؛ لأنه[٦] خالص حق الله تعالى على ما مر، وإنما شرطت[٧] للمال ولأن الحكم[٨] يدار على كون الحد حقًّا لله، فلا يعتبر وجود التهمة فى كل فرد، ولأن السرقة تقام[٩] على الاستسرار على غرة[١٠] عن المالك، فيجب[١١] على الشاهد إعلامه، وبالكتمان يصير فاسقًا آثمًا، ثم التقادم كما يمنع قبول الشهادة فى الابتداء يمنع الإقامة[١٢] بعد القضاء عندنا.

خلافًا لزفر حتى لو هرب[١٣] بعد ما ضرب بعض الحد، ثم أخذ بعد ما

---

(١) أى عن العبد.

(٢) أى فى حق العبد.

(٣) أى الشهود.

(٤) قوله: "بخلاف حد السرقة" جواب عما يقال: الدعوى شرط فى السرقة، كما فى حقوق العباد، ومع ذلك لو شهد الشهود بسرقة متقادمة لم تقبل، فعلم بهذا أن قبول الشهادة فى حقوق العباد بعد التقادم لم يكن لاشتراط الدعوى. ووجهه لا نسلم أن الدعوى شرط للحد؛ لأنه خالص حق الله تعالى على ما مر، والدعوى ليست بشرط فيه، وإنما هى شرط للمال، وهو حق العبد. (عناية)

(٥) أى لإقامة الحد.

(٦) الحد.

(٧) الدعوى.

(٨) قوله: "ولأن الحكم يدار إلخ" جواب آخر، وتقريره أن المعنى المبطل للشهادة فى التقادم فى الحدود الخالصة حقًّا لله تعالى، وهو تهمة الضغينة والعداوة، وذلك أمر باطن لا يطلع عليه، فيدار الحكم على كون الحد حقًّا لله تعالى، سواء وجد ذلك المعنى فى كل فرد أو لا، كما أدير الرخصة على السفر من غير توقف على وجود المشقة فى كل فرد من أفراده. (ع)

(٩) لأنها توجد فى ظلم الليالى غالبًا. (عناية)

(١٠) بكسر الغين المعجمة الغفلة. (مغرب)

(١١) قوله: "فيجب إلخ" فإنه لا يكون المسروق منه عارفًا بالشهادة حتى يستشهد بالشاهد. (عناية)

(١٢) أى إقامة الحد.

(١٣) من عليه الحد.

تقادم الزمان لا يقام عليه الحد؛ لأن الإمضاء[١] من القضاء في باب الحدود. واختلفوا في حد التقادم وأشار[٢] في "الجامع الصغير" إلى ستة أشهر، فإنه[٣] قال بعد حين: وهكذا أشار الطحاوي، وأبو حنيفة لم يقدر في ذلك، وفوّضه إلى رأى القاضي في كل عصر. وعن محمد أنه قدره بشهرٍ؛ لأن ما دونه[٤] عاجل، وهو رواية[٥] عن أبي حنيفة وأبي يوسف، وهو[٦] الأصح. وهذا[٧] إذا لم يكن بين القاضي وبينهم[٨] مسيرة شهر، أما إذا كان[٩] تُقبل شهادتهم؛ لأن المانع بعدُهم عن الإمام، فلا يتحقق التهمةُ[١٠]، والتقادم في حد الشرب كذلك عند محمد، وعندهما يقدر بزوال الرائحة على ما يأتي في بابه، إن شاء الله تعالى.

وإذا شهدوا على رجلٍ أنه زنى بفلانةٍ، وفلانةٌ غائبة، فإنه يحدّ، وإن شهدوا أنه سرق من فلان، وهو[١١] غائب لم يقطع. والفرق[١٢] أن بالغيبة

---

(١) قوله: "لأن الإمضاء [أي الاستيفاء. عناية] من القضاء" لأن المقصود من القضاء في حقوق العباد، إما إعلام من له القضاء، أو التمكين لمن له القضاء من الاستيفاء بالقضاء، وهذان المعنيان يحصلان بمجرد القضاء، فلم يتوقفْ تمامه على الاستيفاء. وأما الله تعالى في حقوقه فمستغنٍ عن هذين المعنيين، فكان المقصود منها النيابة عن الله تعالى في الاستيفاء، فلذلك كان الاستيفاء من تتمة القضاء في حقوق الله تعالى. (عناية)

(٢) محمد. (عيني)

(٣) محمد.

(٤) الشهر.

(٥) قوله: "وهو رواية إلخ" ذكر في المجرد، وقال أبو حنيفة رحمه الله: لو سأل القاضي متى زنى بها؟ فقالوا: منذ أقل من شهر، أقيم الحد، وإن قالوا: شهرا أو أكثر، درأ الحد.

(٦) أي تقدير التقادم منه بشهر. (عناية)

(٧) أي الذي قلنا من تقدير التقادم بشهر. (ع)

(٨) الشهود.

(٩) أي مسيرة شهر.

(١٠) أي تهمة العداوة.

(١١) الواو حالية.

(١٢) بين المسألتين.

ينعدم الدعوى، وهي شرط في السرقة دون الزنا، وبالحضور يتوهم دعوى الشبهة[١]، ولا معتبر بالموهوم.

وإن شهدوا أنه زنى بامرأة لا يعرفونها لم يحد؛ لاحتمال أنها امرأته، أو أمته، بل هو الظاهر[٢]، وإن أقر بذلك[٣] حد؛ لأنه لا يخفى عليه أمته، أو امرأته. وإن شهد اثنان أنه زنى بفلانة فاستكرهها، وآخران أنها طاوعته؛ درئ الحد عنهما جميعًا عند أبي حنيفة، وهو قول زفر. وقالا: لا يحد الرجل خاصةً؛ لاتفاقهما[٤] على الموجب[٥]، وتفرّد أحدهما بزيادة جناية، وهو الإكراه، بخلاف جانبها[٦]؛ لأن طواعيتها شرط تحقق الموجب[٧] في حقّها، ولم يثبت لاختلافهما[٨]. وله أنه اختلف المشهود عليه[٩]؛ لأن الزنا فعل واحد[١٠] يقوم بهما[١١]، ولأن شاهدي الطواعية صارا قاذفين لهما[١٢]، وإنما يسقط الحد عنهما بشهادة شاهدي الإكراه؛ لأن

---

(١) قوله: "وبالحضور [أي بحضور الفلانة] يتوهم دعوى الشبهة، ولا معتبر بالموهوم" لأنه شبهة الشبهة، والمعتبر هي الشبهة دون النازل عنها؛ لئلا ينسد باب إقامة الحد، وبيان ذلك أنها لو كانت حاضرة، وادعت النكاح، سقط الحد لمكان شبهة الصدق مع احتمال الكذب، فإذا كانت غائبة، كان الثابت عند غيبتها احتمال وجود الشبهة، وهو المعنى بشبهة الشبهة. (عناية)

(٢) لأن الظاهر من حال المسلم أن لا يزني. (عناية)

(٣) أي بالزنا بامرأة لا يعرفها.

(٤) أي لاتفاق الفريقين. (عناية)

(٥) للحد. (عناية)

(٦) قوله: "بخلاف جانبها" فإن الموجب لم يتحقق، وعدم الوجوب في حقها لمعنى غير مشترك لا يمنع الوجوب في حق الرجل عند وجوب الموجب في حقه، كما في وطئ الصغيرة المشتهاة والمجنونة. (عناية)

(٧) للحد.

(٨) فريقين.

(٩) قال الكاكي: أي المشهود به. (عيني)

(١٠) قوله: "فعل واحد إلخ" وكل ما هو فعل واحد يقوم بهما لا يتصف بوصفين متضادين؛ لأن الطوع يوجب اشتراكهما في الزنا، والكره يوجب انفراد الرجل به، واجتماعهما متعذر، فكان كل واحد منهما خلاف الآخر، فاختلف المشهود به، ولم يتم على كل واحد منهما نصاب الشهادة. (عناية)

(١١) أي بالرجل والمرأة.

(١٢) قوله: "صارا قاذفين لهما" لعدم نصاب الشهادة، والقاذف خصم، ولا شهادة للخصم، وإذا انتفت

زناها مكرهةً يسقط إحصانها[١]، فصارا خصمين فى ذلك.

وإن شهد اثنان أنه زنى بامرأة بالكوفة، وآخران أنه زنى بها بالبصرة، دُرِئ الحد عنهما؛ لأن المشهود به فعل الزنا، وقد اختلف باختلاف المكان، ولم يتم على كل واحد منهما نصاب الشهادة[٢]، ولا يحدّ الشهود[٣]، خلافًا لزفر[٤] لشبهة الاتحاد[٥] نظرًا إلى اتحاد الصورة والمرأة.

وإن اختلفوا[٦] فى بيتٍ واحد، حد الرجل والمرأة، معناه أن يشهد كل اثنين على الزنا فى زاويةٍ، وهذا استحسان، والقياس أن لا يحدّ لاختلاف المكان حقيقة. وجه الاستحسان أن التوفيق ممكن بأن يكون ابتداء الفعل فى زاوية، والانتهاء فى زاويةٍ أخرى بالاضطراب، أو لأن الواقع فى وسط البيت، فيَحسبه مَن فى المقدم فى المقدم، ومَنْ فى المؤخر فى المؤخر، فيشهد بحسب ما عنده. وإن شهد أربعة أنه زنى بامرأة بالنخيلة[٧] عند طلوع الشمس، وأربعةٌ أنه زنى بها عندَ طلوع الشمس بديرهند[٨]، دُرِئ

بشهادتهما نقص نصاب الشهادة، فلا يقام بها الحد، وكان ذلك يقتضى إقامة حد القذف على شاهدى الطواعية، ولكن سقط إلخ. (عناية)

(١) قوله: "يسقط إحصانها" لوجود حقيقة الزنا منها، لكن لا تأثم بسبب الإكراه. (عناية)

(٢) أربعة.

(٣) حد القذف.

(٤) قوله: "خلافًا لزفر" يعنى أنه يقول: يحدون؛ لأن شهادتهم لم تقبل لنقصان العدد، فصار كلامهم قذفًا. (عناية)

(٥) قوله: "لشبهة الاتحاد" يريد شبهة اتحاد المشهود به تقريره: أن الشبهة دارئة فى الحدود بالحديث، وقد وجدت؛ لأنهم شهدوا، ولهم أهلية كاملة، وعدد كامل على زنا واحد صورة فى زعمهم؛ نظرا إلى اتحاد صورة النسبة الحاصلة منهم، واتحاد المراد، وإنما جاء الاختلاف بذكر المكان، فثبت شبهة عدم الاتحاد فى المشهود به، فيندرئ الحد. (عناية)

(٦) الشهود.

(٧) قوله: "بالنخيلة" بضم النون وفتح الخاء المعجمة وسكون الياء آخر الحروف، وباللام والهاء اسم موضع قريب من الكوفة. (عينى)

(٨) موضع قريب من الكوفة. (عناية)

الحد عنهم جميعًا، أما عنهما[١]: فلأنا تيقنا بكذب أحد الفريقين[٢] من غير عينٍ، وأما عن الشهود: فلاحتمال صدق كل فريق[٣].

وإن شهد أربعة على امرأة بالزنا، وهي[٤] بكرٌ، دُرِئَ الحد عنهما وعنهم؛ لأن الزنا لا يتحقق مع بقاء البكارة، ومعنى المسألة أن النساء نظرن إليها، فقلن: إنها بكرٌ، وشهادتُهن حجة[٥] في إسقاط الحدّ[٦]، وليس بحجة في إيجابه[٧]، فلهذا سقط الحد عنهما، ولا يجب عليهم.

وإن شهد أربعة على رجل بالزنا، وهم[٨] عميان، أو محدودون في قذف، أو أحدهم عبد، أو محدود في قذف، فإنهم يحدون، ولا يحد المشهود عليه؛ لأنه لا يثبت بشهادتهم[٩] المال، فكيف يثبت الحد، وهم[١٠] ليسوا من أهل أداء الشهادة، والعبد ليس بأهل للتحمل[١١] والأداء، فلم يثبت شبهة الزنا؛ لأن الزنا يثبت بالأداء[١٢].

وإن شهدوا بذلك[١٣]، وهم[١٤] فُسّاق، أو ظهر[١٥] أنهم فُسّاق

---

(١) الرجل والمرأة.

(٢) من الشهود.

(٣) قوله: "فلاحتمال إلخ" يعني أن احتمال الصدق في كلام كل من الفريقين قائم، وشبهة الزنا تمنع وجوب الحد على القاذف. (عناية)

(٤) الواو حالية.

(٥) قوله: "حجة" خصوصًا فيما لا اطلاع للرجال عليه. (عناية)

(٦) من الرجل والمرأة.

(٧) الحد على الشهود.

(٨) الواو حالية.

(٩) أي بشهادة هؤلاء.

(١٠) الواو حالية.

(١١) أي تحمل الشهادة وأداءها.

(١٢) قوله: "لأن الزنا يثبت الأداء" أي يظهر عند الإمام بأداء الشهود الشهادة، ولا أداء للعبيد والعميان والمحدودين في القذف، لا كاملاً ولا ناقصًا، فانقلب شهادتهم قذفًا؛ لأنهم نسبوهما إلى الزنا، ولم يكن نسبتهما إلى الزنا شهادة، فكان قذفًا ضرورة. (عناية)

(١٣) أي بالزنا.

لـم يحدوا ؛ لأن الفـاسق من أهل الأداء والتـحـمل ، و إن[١] كـان في أداءه نوع قصور لتهمة الفسق، ولهذا[٢] لو قضى القاضي بشهادة فاسق ينفذ عندنا، فيثبت بشهادتهم شبهة الزنا، وباعتبار قصور في الأداء لتُهمة الفسق يثبت شبـهـة عـدم الزنا، فلهـذا امتنع الحدان[٣]، وسنـيـأتي فيـه خـلاف الشافعي[٤] بناء على أصله أنّ الفاسق ليس من أهل الشهادة، فهو كالعبد عنده. وإن نقص عـدد الشهود عـن أربعـة حـدّوا[٥] ؛ لأنهـم قـذفـةٌ ؛ إذ لا حسبة[٦] عند نقصان العدد، وخروج الشهادة عن القذف باعتبارها.

وإن شـهـد أربعـة على رجل بالزنا، فـضُرب بشـهـادتهم، ثم وجـد أحدهم عبـدًا، أو محـدودًا في قـذف، فـإنهم يحـدون؛ لأنهم قَذَفَة؛ إذ الشهود ثلاثة. وليس عليهم، ولا على بيت المال أرش الضرب، وإن رُجم فـديتُه على بيت المال، وهذا عند أبي حنيفـة، وقـالا : أرش الضرب أيضًا على بيت المال.

قـال العـبد الضـعيف[٧] : -عـصـمـه الله- معناه[٨] إذا كـان جـرحـه[٩]،

---

(١٤) الواو حالية.

(١٥) بعد الشهادة.

(١) الواو وصلية.

(٢) أي لكونه من أهل أداء الشهادة وتحملها.

(٣) أي حد الزنا وحد القذف.

(٤) فيحد الشهود عنده حد القذف. (عيني)

(٥) حد القذف.

(٦) قوله: "إذ لا حسبة [ثواب] إلخ" يعني أن الشاهد مخير بين حسبتين على ما مر، وههنا لم يوجد منه حسبة الستر، وهو ظاهر. ولا حسبة أداء الشهادة أيضًا لنقصان عددهم، فإن الله تعالى قال: ﴿والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة﴾، وإذا لم يوجد الحسبة، ثبت القذف؛ لأن خروج الشهادة عن القذف إنما كان باعتبار الحسبة. (عناية)

(٧) أي المصنف. (عيني)

(٨) أي معنى كلام محمد في "الجامع الصغير" أرش الضرب أيضًا على بيت المال.

وعلى هذا الخلاف إذا مات من الضرب[(١)]، وعلى هذا إذا رجع الشهود[(٢)] لا يضمنون عنده، وعندهما يضمنون[(٣)]. لهما أن الواجب بشهادتهم مطلق الضرب؛ إذ الاحتراز عن الجرح خارجٌ عن الوسع، فينتظم الجارح وغيره، فيضاف[(٤)] إلى شهادتهم، فيضمنون بالرجوع، وعند عدم الرجوع يجب على بيت المال؛ لأنه ينتقل فعل الجلاد إلى القاضى، وهو عامل للمسلمين، فتجب الغرامة فى مالهم[(٥)]، فصار كالرجم والقصاص[(٦)]. ولأبى حنيفة أن الواجب هو الجلد، وهو ضربٌ مؤلم غير جارح ولا مهلكٍ، فلا يقع جارحًا ظاهرًا إلا لمعنًى فى الضارب، وهو قلة هدايته، فاقتصر عليه[(٧)] إلا أنه لا يجب عليه الضمان فى الصحيح[(٨)]؛ كى لا يمتنع الناس عن الإقامة[(٩)] مخافة الغرامة.

وإن شهد أربعة على شهادة أربعة على رجلٍ بالزنا لم يحدّ؛ لما فيها[(١٠)]

---

(٩) أى الضرب.

(١) قوله: "إذا مات [المجلود] من الضرب" فيجب دية النفس فى بيت المال عندهما إذا ظهر بعض الشهود عبدا، أو محدودًا فى قذف، أو أعمى، وعند أبى حنيفة رحمه الله لا يجب شيء. (عينى رحمه الله)

(٢) قوله: "إذا رجع الشهود" أى بعد الجرح بالجلد، أو الموت بالجلد. (عينى رحمه الله تعالى)

(٣) أرش الجراحة إن لم يمت المجلود، والدية إن مات. (عينى)

(٤) أى الجرح والهلاك. (عينى)

(٥) أى فى مال المسلمين، وهو بيت المال.

(٦) قوله: "فصار كالرجم إلخ" يعنى إذا شهد الشهود، فرجم المشهود عليه، أو قتل، ثم رجعوا يضمنون الدية. (عناية)

(٧) ولا يتعدى إلى الشهود.

(٨) قوله: "فى الصحيح" يعنى فى الصحيح عن الرواية، وذكر فى "مبسوط فخر الإسلام"، ولو قال قائل: يجب الضمان على الجلاد، فله وجه؛ لأنه ليس بمأمور بهذا الوجه؛ لأنه أمر بضرب مؤلم لا جارح، ولا كاسر، ولا قاتل، فإذا وجد منه الضرب على هذه الوجوه وقع فعله تعديا، فيجب عليه الضمان. (عناية)

(٩) أى إقامة الحد.

(١٠) قوله: "لما فيها إلخ" معناه لما فيها من شبهة زادت على الأصل لم تكن فيه؛ لأن الكلام إذا تداولته الألسن، يمكن فيه زيادة ونقصان. (عناية)

من زيادة الشبهة، ولا ضرورة إلى تحملها، فإن جاء الأولون[١]، فشهدوا على المعاينة فى ذلك المكان لم يحد أيضًا معناه[٢] شهدوا على ذلك الزنا بعينه؛ لأن شهادتهم قد رُدّت من وجه برد شهادة الفروع فى عين هذه الحادثة؛ إذ هم قائمون مقامهم فى الأمر والتحميل، ولا يحد الشهود[٣]؛ لأن عددهم[٤] متكاملٌ، وامتناعُ الحد عن المشهود عليه لنوع شبهة[٥]، وهي كافية لدرء الحد[٦] لا لإيجابه[٧]. وإذا شهد أربعة على رجل بالزنا، فرُجم فكلما رجع واحد حُدّ الراجع وحدَه، وغرم ربع الدية، أما الغرامة فلأنه بقى مَن يبقى بشهادته ثلاثةُ أرباع الحق، فيكون الفائت بشهادة الراجع ربعَ الحق. وقال الشافعي: يجب القتل[٨] دون المال؛ بناء على أصله[٩] فى شهود القصاص[١٠]، وسنبينه فى الديات[١١]، إنْ شاء الله تعالى.

وأما الحد[١٢] فمذهب علماءنا الثلاثة، وقال زفر: لا يحد؛ لأنه إن كان الراجع قاذف حى، فقد بطل[١٣] بالموت[١٤]، وإن كان قاذف ميت، فهو

---

(١) بعد شهادة الفروع. (عينى)

(٢) أى معنى قول محمد فى ذلك المكان. (عينى)

(٣) أصول وفروع.

(٤) والأهلية موجودة. (ع)

(٥) قوله: "لنوع شبهة" وهو شبهة عدم التحمل فى الفروع، وشبهة الرد فى الأصول. (عناية)

(٦) عن الزانى والزانية.

(٧) الحد على الشهود.

(٨) أى قتل الراجع.

(٩) الشافعي.

(١٠) قوله: "فى شهود القصاص" يعنى إذا رجعوا بعد القصاص، فيقتلون عنده، فكذا إذا رجعوا بعد الرجم يقتلون. (عينى)

(١١) هذا وعد ليس له وفاء، كذا قال العينى.

(١٢) أى حد الراجع.

(١٣) الحد؛ لأن حد القذف لا يورث. (ع)

(١٤) أى بموت المقذوف.

مرجوم[1] بحكم القاضى، فيورث ذلك شبهة.

ولنا أن الشهادة إنما تنقلب قذفًا بالرجوع[2]؛ لأن به تفسخ شهادته[3]، فجعل للحال قذفًا للميت، وقد انفسخت الحجة[4]، فينفسخ[5] ما يبتنى عليه[6]، وهو القضاء فى حقه[7]، فلا يورث الشبهة، بخلاف ما إذا قذفه[8] غيره؛ لأنه[9] غير محصن فى حق غيره؛ لقيام القضاء[10] فى حقه. فإن لم يحدّ المشهود عليه حتى رجع[11] واحد منهم حدوا جميعًا، وسقط الحد عن المشهود عليه. وقال محمد: حدّ الراجعُ خاصة؛ لأن الشهادة تأكدت بالقضاء، فلا ينفسخ[12] إلا فى حق الراجع، كما إذا رجع[13] بعد الإمضاء[14].

ولهما أن الإمضاء[15] من القضاء، فصار كما إذا رجع واحد منهم قبل

---

(١) قوله: "فهو مرجوم" وذلك وإن لم يسقط الإحصان، فلا أقل من إيراث الشبهة، والحد يبطل بها. (ع)

(٢) من الشهادة.

(٣) فإذا تفسخت كانت قذفًا لانتفاء الحسبتين. (ع)

(٤) شهادة.

(٥) قوله: "فينفسخ إلخ" وإذا انفسخ القضاء اندفع القول بكونه مرجومًا بحكم القاضى، فلا يسقط الإحصان، ولا يورث الشبهة، فيجب حد قاذفه، لكن قيد بقوله: فى حقه؛ لأنه زعم أن شهادته ليست بحجة، وزعمه فى حق نفسه معتبر.

(٦) الضمير فى عليه يرجع إلى الحجة بتأويل الكلام. (عينى)

(٧) أى حق الراجع.

(٨) المرجوم.

(٩) المرجوم.

(١٠) قوله: "لقيام القضاء إلخ" لأن قضاء القاضى فى زعمه صحيح متقرر، فكان قذفه واقعًا فى حق غير المحصن، فلا يجب حد القذف. (عناية)

(١١) أى بعد القضاء.

(١٢) الشهادة.

(١٣) الشاهد، فحينئذ يحد الراجع خاصة.

(١٤) أى إمضاء الحد.

(١٥) أى إمضاء الحد.

القضاء، ولهذا[١] سقط الحد عن المشهود عليه، ولو رجع واحد منهم قبل القضاء حدّوا جميعًا، وقال زفر: يحد الراجع خاصة؛ لأنه[٢] لا يصدَّقُ على غيره. ولنا: أن كلامهم[٣] قذف[٤] في الأصل، وإنما يصير شهادةً[٥] باتصال القضاء به، فإذا لم يتصل بقي قذفًا فيُحدون.

فإن كانوا خمسة، فرجع[٦] أحدهم، فلا شيء عليهم؛ لأنه بقي مَن يبقى بشهادته كلُّ الحق، وهو شهادة الأربع.

فإن رجع آخر حُدّا وغرما ربع الدية، أما الحد فلما ذكرنا[٧]، وأما الغرامة فلأنه بقي من يبقى بشهادته ثلاثة أرباع الحق، والمعتبر بقاء مَن بقي لا رجوع من رجع على ما عرف[٨].

وإن شهد أربعة على رجل بالزنا، فزكّوا[٩] فرجم، فإذا الشهود مجوسٌ، أو عبيدٌ، فالدية على المزكّين عند أبي حنيفة، معناه[١٠] إذا رجعوا عن التزكية. وقال أبو يوسف ومحمد: هو[١١] على بيت المال، وقيل[١٢]:

(١) أي لأجل أن الإمضاء من القضاء.

(٢) أي لأن الراجع.

(٣) الشهود.

(٤) لكونه صريحًا فيه. (ع)

(٥) ثم يعود قذفًا بالرجوع. (عناية)

(٦) يعني بعد الرجم.

(٧) قوله: "فلما ذكرنا" إشارة إلى ما قال: من قبل، ولنا أن الشهادة إنما تنقلب قذفًا إلخ، ومعناه يحدان جميعًا؛ لأنه لما رجع الثاني لم يبقَ من الشهود من يتم به الحجة، وقد انفسخت الشهادة في حقهما بالرجوع فيحدان. (عناية)

(٨) أي في كتاب الشهادات. (عيني)

(٩) قوله: "فزكوا" التزكية من زكى نفسه إذا مدحه، وتزكية الشهود الوصف بكونهم أزكياء. (عناية)

(١٠) قوله: "معناه" إذا رجعوا عن التزكية بأن قالوا: تعمدنا التزكية مع علمنا أنهم مجوس حتى لو قالوا: أخطأنا، لا يضمنون. (عيني)

(١١) أي الضمان.

هذا إذا قالوا: تعمدنا التزكيةَ مع علمنا بحالهم.

لهما[١] أنهم أثنوا على الشهود خيرًا، فصار كما إذا أثنوا على المشهود عليه خيرًا بأن شهدوا على إحصانه[٢]. وله أن الشهادة إنما تصير حجةً عامِلةً بالتزكية، فكانت التزكية[٣] في معنى علة العلة، فيضاف الحكم إليها[٤]، بخلاف شهود الإحصان؛ لأنه محض الشرط[٥]. ولا فرق بينهما إذا شهدوا بلفظة الشهادة[٦]، أو أخبروا، وهذا[٧] إذا أخبروا بالحرية والإسلام، أما إذا قالوا: هم عدول، وظهروا عبيدًا لا يضمنون؛ لأن العبد قد يكون عدلا[٨].

ولا ضمانَ على الشهود؛ لأنه لم يقع[٩] كلامُهم شهادة، ولا يجدون

---

(١٢) قوله: "وقيل إلخ" لما كان قوله: رجعوا عن التزكية محتملا أن يكون الرجوع بأن يقولوا: أخطأنا، وذلك لا يوجب الضمان بالاتفاق، وأن يكون بأن يقولوا: تعمدنا التزكية مع علمنا بحالهم، وهو محل النزاع، قال: قيل: هذا إذا قالوا إلخ. (عناية)

(١) قوله: "لهما أنهم إلخ" أي قالا: المزكون ما أثبتوا سبب الإتلاف؛ لأنه هو الزنا، وما تعرضوا له، وإنما أثنوا على الشهود خيرا، فكان كما إذا أثنوا على المشهود عليه خيرا، فكانوا في المعنى كشهود الإحصان إلا أن أولئك أثنوا خصالا حميدة في الزنا، وهؤلاء أثنوا خصالا حميدة في الشاهد، فكما لا ضمان على أولئك، فكذلك على هؤلاء. (عناية)

(٢) فلا يضمنون شيئًا. (عيني)

(٣) قوله: "فكانت إلخ" فإن الشهادة في الحدود لا توجب شيئًا بلا تزكية، فكانت التزكية في معنى علة العلة؛ لأن التزكية معملة للعلة، والمعمل للعلة علة العلة. (عيني)

(٤) أي إلى علة العلة عند تعذر إضافته إلى الفعل. (عيني)

(٥) قوله: "لأنه محض الشرط" أي شرط محض، وعلامة لمعرفة حكم الزنا الصادر، ولا حاجة لثبوت الزنا إلى شهود الإحصان؛ لأن الزنا يثبت بشهود الزنا قبل الإحصان. (عيني)

(٦) فإن قالوا: شهدنا أنهم أحرار، أو قالوا: هم أحرار. (عيني)

(٧) أي وجوب الضمان على المزكين على قول أبي حنيفة. (عيني)

(٨) بتركه المناهي.

(٩) قوله: "لأنه لم يقع إلخ" فيه نظر؛ لما تقدم أن كلام كل منهم يصير شهادة باتصال القضاء به، وقد اتصل به القضاء، فما وجه قوله: لأنه لم يقع كلامهم شهادة.
والجواب أن القضاء لما ظهر خطاؤه بيقين، صار كان لم يكن، فلم يتصل القضاء كلامهم، فلم تصر شهادة.

حد القذف؛ لأنهم قذفوا حيّاً[١]، وقد مات[٢] فلا يورث عنه.

وإذا شهد أربعة على رجل بالزنا، فأمر القاضى برجمه، فضرب رجل عنقَه، ثم وُجِد الشهود عبيداً، فعلى القاتل الدية، وفى القياس يجب القصاص؛ لأنه قتل نفساً معصومة بغير حق.

وجه الاستحسان أن القضاء صحيح[٣] ظاهرا وقت القتل، فأورث شبهةً، بخلاف ما إذا قتله[٤] قبل القضاء؛ لأن الشهادة لم تصر حجة بعدُ.

ولأنه[٥] ظنَّه مباح الدم معتمداً على دليل مبيح، فصار كما إذا ظنه حربيّاً، وعليه علامتهم[٦]، ويجب الدية فى ماله؛ لأنه[٧] عمد، والعواقلُ لا تَعقل العمد، ويجب ذلك[٨] فى ثلاث سنين؛ لأنه وجب بنفس القتل.

وإن رُجِم[٩] ثم وُجدوا[١٠] عبيداً، فالديةُ على بيت المال؛ لأنه[١١] امتثل أمر الإمام، فنُقِل فعلُه[١٢] إليه، ولو باشره بنفسه يجب الدية فى بيت

---

(١) قوله: "لأنهم قذفوا إلخ" لا يقال: لم لم يجعل قذفًا للميت للحال بطريق الانقلاب، كما فى صورة الرجوع عن الشهادة؛ لأنا نقول: علة الانقلاب الرجوع عن الشهادة، ولم يوجد.

فإن قيل: لم لا يكون ظهورهم عبيدا، أو مجوسا علة للانقلاب كالرجوع، فالجواب أن الانقلاب صيرورة الشهادة قذفا، وكلامهم لم يقع شهادة. (عناية)

(٢) أى ثم مات.

(٣) أى أن القضاء وجد صورة، وصورة قضاء القاضى يكفى لإيراث الشبهة. (عناية)

(٤) حيث يجب القصاص لعدم الشبهة.

(٥) أى لأن القاتل، وجهٌ آخر للاستحسان.

(٦) قوله: "وعليه علامتهم" أى علامة أهل الحرب، فقتله عمدا، ثم ظهر أن المقتول ليس بحربى لا يجب القصاص بشبهة ظنه مباح الدم. (عينى)

(٧) أى القاتل.

(٨) الدية.

(٩) قوله: "وإن رجم" ذلك الرجل المذكور المشهود عليه بالزنا بعد قضاء القاضى بالرجم. (عينى)

(١٠) الشهود.

(١١) أى لأن الذى رجمه.

(١٢) أى فعل الراجم. (عناية)

المال؛ لما ذكرنا[١] كذا هذا، بخلاف ما إذا ضرب عنقه؛ لأنه[٢] لم يأتمر أمره[٣]. وإذا شهدوا على رجلٍ بالزنا، وقالوا: تعمدنا النظر[٤] قبلت شهادتهم؛ لأنه يباح النظر لهم[٥] ضرورة تحمل الشهادة، فأشبه الطبيب والقابلة[٦]. وإذا شهد أربعة على رجل بالزنا، فأنكر الإحصان، وله امرأة قد ولدت منه، فإنه يرجم، معناه أن ينكر الدخولَ بعد وجود سائر الشرائط[٧]؛ لأن الحكم بثبات النسب منه حكم بالدخول عليه، ولهذا[٨] لو طلقها يعقب الرجعة، والإحصانُ يثبت بمثله[٩].

فإن لم تكن ولدت منه، وشهد عليه بالإحصان رجل وامرأتان رجم، خلافًا لزفر والشافعي، فالشافعي مَرَّ على أصله أن شهادتهن[١٠] غير مقبولة في غير الأموال. وزفر يقول: إنه[١١] شرط في معنى العلة؛ لأن الجناية[١٢] يتغلظ عنده[١٣]، فيضاف الحكم إليه، فأشبه حقيقة العلة، فلا

(١) قوله: "لما ذكرنا" من أن فعل الجلاد ينتقل إلى القاضي، وهو عامل للمسلمين، فيجب الغرامة في مالهم. (عناية)

(٢) أي لأن ضارب العنق.

(٣) قوله: "لم يأتمر أمره" لأنه أمره بالرجم دون جزّ الرقبة، فلم ينتقل فعله إليه. (عناية)

(٤) إلى موضع الزنا من الزانيين. (عناية)

(٥) أي للشهود.

(٦) قوله: "فأشبه إلخ" أي أشبه نظر شهود الزنا إلى فرج الزانية لضرورة في ذلك بنظر الطبيب والقابلة إلى الفرج، وهذا لأن الطبيب يجوز أن ينظر إلى موضع العورة لضرورة المداواة. (عيني)

(٧) أي شرائط الإحصان.

(٨) أي لأجل الحكم بالدخول عليه.

(٩) أي بمثل هذا الدليل. (عيني)

(١٠) النساء.

(١١) أي الإحصان.

(١٢) أي الزنا.

تقبل شهادة النساء فيه[١] ، فصار[٢] كما إذا شهد ذميان على ذمى زنى عبدُه المسلم أنه أعتقه قبل الزنا فلا تقبل ؛ لما ذكرنا.

ولنا أن الإحصان عبارة عن الخصال الحميدة[٣] ، وأنها مانعة من الزنا على ما ذكرنا ، فلا يكون فى معنى العلة ، وصار[٤] كما إذا شهدوا به فى غير هذه الحالة ، بخلاف ما ذكر[٥] ؛ لأن العتقَ يثبت بشهادتهما ، وإنما لا يثبت بسبق التاريخ ؛ لأنه ينكره المسلم ، أو يتضرر به المسلم ، فإن رجع شهود الإحصان لا يضمنون عندنا ، خلافًا لزفر[٦] ، وهو فرع ما تقدم[٧] .

---

(١٣) ولذا يرجم.

(١) كما لا تقبل شهادة النساء فى الزنا.

(٢) قوله: "فصار كما إذا شهد إلخ" يعنى أن الزانى لو كان مملوكًا لذمى، وهو مسلم، فشهد ذميان أن مولاه الذى أعتقه قبل الزنا لم يرجم مع أن شهادة أهل الذمة على الذمى بالعتق مقبولة، لكن لما كان المقصود ههنا تكميل العقوبة على المسلم لم تقبل شهادة أهل الذمة، فهذا مثله لما ذكرنا يعنى أن الإحصان شرط فى معنى العلة. (ع)

(٣) قوله: "عن الخصال الحميدة" بعضها ليس من صنع المرء كالحرية والعقل، وبعضها فرض عليه كالإسلام، وبعضها مندوب إليه كالنكاح الصحيح، والدخول بالمنكوحة، والحال أنه مانع عن الزنا على ما ذكرنا قبل باب الوطئ الذى يوجب الحد، فيكون الكل مزجرة، وكل ما كان مانعا عن الزنا لا يكون علة للعقوبة الغليظة. (عناية)

(٤) قوله: "وصار كما إذا شهدوا به" أى بالنكاح فى غير هذه الحالة يعنى لو شهد رجل وامرأتان أن فلانًا تزوج هذه المرأة، ودخل بها فى غير حالة الزنا، قبلت شهادتهم، فكذلك ههنا. (عناية)

(٥) قوله: "بخلاف ما ذكر" يعنى زفر من شهادة الذميين على ذمى أنه أعتق عبده قبل الزنا؛ لأن العتق هناك يثبت أيضًا بشهادتهما، وإنما لا يثبت بسبق التاريخ؛ لأنه تاريخ ينكره المسلم، أو يتضرر به المسلم من حيث إقامة العقوبة الكاملة عليه، وما ينكره المسلم، أو يتضرر به لا يثبت بشهادة أهل الذمة، فلو قلنا: بجواز هذه الشهادة، كان ذلك قولا بجواز شهادة الكافر على المسلم. (ع)

(٦) قوله: "خلافًا لزفر" فإن شهودَ الإحصان إذا رجعوا بعد الرجم يضمنون عنده؛ لأن شهود العلة يضمنون عند الرجوع بالاتفاق. (عناية)

(٧) من الخلاف.

باب حد الشرب[(١)]

ومن شرب الخمر فأُخذ، و[(٢)] ريحها موجودة، أو جاءوا به سكران[(٣)]، فشهد الشهود عليه[(٤)] بذلك[(٥)]، فعليه الحد، وكذلك إذا أقر، وريحها[(٦)] موجودة؛ لأن جناية الشرب قد ظهرت، ولم يتقادم العهد، والأصل فيه[(٧)] قوله عليه السلام: «ومن شرب الخمر[(٨)] فاجلدوه فإن عاد فاجلدوه»*. فإن أقر بعد ذهاب رائحتها لم يحدّ عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وقال محمد: يحدّ، وكذلك إذا شهدوا عليه بعد ما ذهب ريحها عند أبي حنيفة وأبي يوسف.

وقال محمد: يحدّ، فالتقادم يمنع قبول الشهادة بالاتفاق غير أنه مقدر بالزمان[(٩)] عنده[(١٠)]؛ اعتباراً بحد الزنا[(١١)]، وهذا[(١٢)] لأن التأخير يتحقق

---

(١) قوله: "باب حد الشرب" قدّم حد الزنا على الشرب؛ لما أن دعاء الطبع إلى الزنا أكثر عند فرط الشبق، ولهذا ضربه أشد من ضرب الشرب. (عينى)

(٢) الواو حالية.

(٣) قوله: "أوجاءوا به سكران إلخ" ظاهره يقتضى أن لا يشترط الرائحة بعد ما شهد الشهود عليه بالسكر من الخمر، ولكن الروايات فى الشروح مقيدة بوجود الرائحة فى حق وجوب الحد على شارب الخمر عند أبى حنيفة وأبى يوسف، سواء ثبت وجوب الحد بالشهادة، أو بالإقرار. (عناية)

(٤) أى على الشارب.

(٥) أى بشرب الخمر.

(٦) الواو حالية.

(٧) أى فى وجوب الحد.

(٨) قوله: "ومن شرب الخمر إلخ" روى أصحاب السنن إلا الترمذى عن أبى سلمة عن أبى هريرة قال: قال رسول الله ﷺ «إذا سكر فاجلدوه ثم إن سكر فاجلدوه فإن عاد الرابعة فاقتلوه»، رواه ابن حبان فى "صحيحه"، وقال: معناه إذا استحل، ولم يقبل التحريم. وأخرج الجماعة إلا النسائى عن معاوية قال: قال رسول الله ﷺ: «من شرب الخمر فاجلدوه» الحديث. (عينى)

* راجع نصب الراية ج٣ ص٣٤٦، والدراية ج٢، الحديث ٦٧٠ ص١٠٤. (نعيم)

(٩) وهو الشهر.

(١٠) محمد.

بمضى الزمان[١]، والرائحة، قد تكون من غيره[٢] كما قيل، شعر:

يقولون لى انكه[٣] شربتَ مُدامة[٤] فقلتُ لهم لا بل أكلتُ السفرجلا

وعندهما يقدر بزوال الرائحة؛ لقول ابن مسعود[٥] فيه: "فإن وجدتُم رائحة الخمر، فاجلدوه"*، ولأن قيام الأثر[٦] من أقوى[٧] دلالة على القرب، وإنما[٨] يصار إلى التقدير بالزمان عند تعذر اعتباره[٩]، والتمييز[١٠] بين الروائح ممكن للمستدل[١١]، وإنما يشتبه على الجهال.

وأما الإقرار فالتقادم لا يُبطله عند محمد، كما فى حد الزنا على ما مر تقريره[١٢]، وعندهما لا يقام الحد إلا عند قيام الرائحة؛ لأن حد الشرب

---

(١١) فإن التقادم فيه مقدر بشهر.

(١٢) أى تقدير الزمان وعدم اعتبار الرائحة. (ع)

(١) فلا بد من تقدير زمان. (عناية)

(٢) الخمر.

(٣) قوله: "انكه" بكسر الهمزة وسكون النون وفتح الكاف وسكون الهاء أمر من نَكِه يَنكَه يأمره بأن ينكَه؛ ليعلم أنه شارب هو أو غير شارب، وأصله من النكهة، وهى ريح الفم. (عينى)

(٤) قوله: "مدامة [الخمر]" مدام بالضم مى انگورى مدامة مثله؛ لأنه ليس شراب يستطاع أدامة شرب سواه. (من)

(٥) هذا عن عبد الله بن مسعود غريب بهذا اللفظ. (عينى)

* راجع نصب الراية ج٣ ص٣٤٩، والدراية ج٢، الحديث ٦٧١ ص١٠٥. (نعيم)

(٦) أى الرائحة.

(٧) أى أثر الخمر.

(٨) جواب عن اعتبار الزمان. (عناية)

(٩) أى الأثر.

(١٠) جواب عن قوله: والرائحة قد تكون من غيره. (ع)

(١١) قوله: "للمستدل" هو من معه دليل، وهو معاينة الشرب. (عناية)

(١٢) قوله: "على ما مر تقريره" من أن الإنسان لا يكون متهما بالنسبة إلى نفسه. (عناية)

ثبت بإجماع الصحابة[١]، ولا إجماع إلا برأى ابن مسعود، وقد شرطَ قيامَ الرائحة على ما روينا[٢].

فإن أخذه الشهود، وريحها يوجَد منه، أو هو سكران، فذهبوا به من مصرٍ إلى مصرٍ فيه الإمام، فانقطع ذلك[٣] قبل أن ينتهوا به[٤]، حد فى قولهم جميعًا؛ لأن هذا عذرٌ كبعد المسافة فى حد الزنا، والشاهدُ لا يتهم به فى مثله[٥]. ومن سكر من النبيذ حدّ[٦]؛ لما روى[٧] أن عمر أقام الحد على أعرابى سكر من النبيذ، ونبين الكلامَ[٨] فى حَدِّ السكر، ومقدارِ حده المستحق عليه، إن شاء الله تعالى.

ولا حدّ[٩] على من وجد منه رائحة الخمر، أو تقيّأها[١٠]؛ لأن الرائحة[١١] محتملة، وكذا الشرب قد يقع عن إكراه واضطرار، فلا يجد

(١) قوله: "ثبت بإجماع الصحابة" والحديث المذكور من قبيل الآحاد، وبمثله لا يثبت الحد، والإجماع حجة قطعية، فيثبت به. (عينى)

(٢) قوله: "على ما روينا" يعني قوله: «فإن وجدتم رائحة الخمر فاجلدوه». (عناية)

(٣) ريح الخمر.

(٤) أى بهذا السكران إلى الإمام.

(٥) أى فى صورة زوال الرائحة بالعذر. (عينى)

(٦) قوله: "من النبيذ إلخ" النبيذ من الزبيب هى التى من ماء الزبيب إذا طبخ أدنى طبخة يحل شربه ما دام حلوًا، وإذا غلا واشتد، وقذف بالزبد على قول أبى حنيفة وأبى يوسف يحل شربه ما دون السكر. وعند محمد والشافعى: لا يحل، والنبيذ من التمر هو ماء التمر إذا طبخ أدنى طبخة يحل شربه فى قولهم ما دام حلوًا، وإذا غلا واشتد وقذف بالزبد عند أبى حنيفة رحمه الله وأبى يوسف رحمه الله يحل شربه للتداوى والتقوى إلا القدح المسكر، وقال محمد والشافعى: لا يحل. (عناية)

(٧) رواه الدارقطنى فى "سننه". (فتح القدير)

(٨) فى هذا الباب.

(٩) يعنى إذا لم يشاهد منه الشرب. (ع)

(١٠) الخمر.

(١١) أى فى نفسها قبل الاستدلال والتمييز.

السكران حتى يعلم أنه سكر من النبيذ، وشَربه طوعًا؛ لأن السكر من المباح لا يوجب الحد[١] كالبنج ولبنِ الرماك[٢]، وكذا شرب المكره لا يوجب الحد[٣]. ولا يحدّ حتى يزول عنه السكر؛ تحصيلا لمقصود الانزجار، وحد الخمر والسكر[٤] فى الحر ثمانون سوطًا[٥]*؛ لإجماع الصحابة[٦]، يفرق على بدنه كما فى حدِّ الزنا على ما مر[٧]، ثم يجرّد[٨] فى المشهور من الرواية. وعن محمد أنه لا يجرد[٩]؛ إظهارًا للتخفيف؛ لأنه لم يَرِد به[١٠] نصّ، ووجه المشهور أنا أظهرنا التخفيف مرة[١١]، فلا يُعتبر ثانيًا، وإن

---

(١) قوله: "لا يوجب الحد كالبنج" قلت: فيما ذكره تقوية لما يولع بالبنج، وفيه من الفساد ما لا يخفى، وقال فى أشربته الخاصة: وشرب البنج للتداوى لا بأس به، فإن ذهب به عقله لم يحل، وإن سكر منه لم يحد عندهما، خلافًا لمحمد، قلت: ينبغى اليوم أن يفتى بقول محمد قطعا لمادة الفساد. (عينى)

(٢) قوله: "رماك" رمكة بفتحات اسپ وماديان اسپ رماک جمع. (من)

(٣) لعدم الاختيار.

(٤) أى حد السكر فى غير الخمر.

(٥) قوله: "ثمانون سوطًا" لا يجزئ ضرب شارب الخمر، وكذا غيره ممن وجب عليه الحد بالنعال، وإن كانوا يضربون فى العهد النبوى بالنعال والعصا والأيدى لانعقاد الإجماع من الصحابة، ومن بعدهم على تركه، وضرب أربعين سوطا لشارب الخمر. فروى أبو الشيخ والحاكم وابن مردويه عن ابن عباس: أن الشراب كانوا يضربون فى عهد رسول الله ﷺ بالأيدى والنعال حتى توفى، فقال أبو بكر رضى الله عنه: لو فرضنا لهم حدا، فتوخى نحو ما كانوا يضربون فى العهد الأول، فكان يجلدهم أربعين حتى توفى، ثم جلد عمر رضى الله عنه كذلك إلى أن أتى رجل من المهاجرين الأولين قد شرب الخمر، فأمر به أن يجلد، فقال: لم تجلدنى، بينى وبينك كتاب الله، فإنه تعالى قال: ﴿ليس على الذين آمنوا وعملوا الصالحات جناح فى ما طعموا﴾ الآية.

فقال ابن عباس: هذه الآية نزلت عذرا للماضين وحجة للباقين، فقال عمر رضى الله عنه: ما ذا ترون، فقال علي بن طالب رضى الله عنه: نرى أنه إذا شرب سكر، وإذا سكر هذى، وإذا هذى افترى، وعلى المفترى ثمانون جلدة، فأمر عمر فجلد ثمانين. (غاية المقال فى ما يتعلق بالنعال للمولوى محمد عبد الحى نور الله تربته)

* راجع نصب الراية ج٣ ص٣٥١، والدراية ج٢، الحديث ٦٧٢ ص١٠٥. (نعيم)

(٦) على الثمانين فى عهد عمر، كما ثبت فى "صحيح البخارى" و "مسلم"، وتفصيله فى "غاية المقال".

(٧) قوله: "على ما مر [فى حد الزنا]" من أنه يضرب كل البدن ما خلا الوجه والرأس والفرج. (ع)

(٨) عن الثياب.

(٩) عن ثيابه.

(١٠) أى بحد الشرب نص قاطع.

كان[1] عبدًا، فحدّه أربعون؛ لأن الرّق منصِّف على ما عرف[2].

ومَن أقر بشرب الخمر، أو السَّكر[3]، ثم رجع لم يحد؛ لأنه خالص حق الله تعالى، ويثبت الشرب بشهادة شاهدين، ويثبت بالإقرار مرة واحدة. وعن أبي يوسف أنه يشترط[4] الإقرار مرتين[5]، وهو نظير الاختلاف في السرقة، وسنبينها هناك[6] إن شاء الله. ولا يقبل فيه[7] شهادة النساء مع الرجال؛ لأن فيها[8] شبهة البدلية[9]، وتهمة الضلال والنسيان. والسكران الذي يحد هو الذي لا يعقل مَنطقًا[10]، لا قليلا ولا كثيرًا، ولا يعقل الرجل من المرأة. وقال العبد الضعيف[11]: هذا عند أبي حنيفة، وقالا: هو الذي يهذي[12]، ويختلط كلامه؛ لأنه هو السكران في

---

(١١) قوله: "أنا أظهرنا التخفيف مرة [هذا كلام من "لسان المجمعين". عناية]" يعني من حيث العدد، ولم نجعله مائة، كما في الزنا. (عناية)

(١) الشارب.

(٢) أي في أصول الفقه. (عيني)

(٣) قوله: "أو السكر" بفتحتين هو عصير الرطب إذا اشتد. (عناية)

(٤) اعتبارًا لعدد الإقرار بعدد الشهود. (عناية)

(٥) في مجلسين.

(٦) أي في السرقة. (عيني)

(٧) أي في حد الشرب.

(٨) أي في شهادة النساء.

(٩) قوله: "شبهة البدلية إلخ" يشير إلى ذلك كله قوله تعالى: ﴿فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان﴾ إلى قوله: ﴿أن تضل إحداهما فتذكر إحداهما الأخرى﴾، وإنما قال: شبهة البدلية دون حقيقة البدلية؛ لأن استشهاد النساء في المواضع التي جازت شهادتهن من غير ضرورة العجز من استشهاد الرجال، بخلاف سائر الأبدال لكن فيه صورة البدلية من حيث النظم. (ع)

(١٠) قال الجوهري: المنطق الكلام. (عيني)

(١١) أي المصنف. (عيني)

(١٢) قوله: "الذي يهذي" أي يكون غالب كلامه الهذيان، وإن كان بصفة مستقيمة، فليس بسكران. (عناية)

العرف، وإليه[١] مال أكثر المشايخ. وله أنه يؤخذ في أسباب الحدود بأقصاها درءً للحد، ونهايةُ السكر أنْ يغلب السرور على العقل، فيسلبه[٢] التمييزُ بين شيء وشيء، وما دون ذلك[٣] لا يعرى عن شبهة الصحو. والمعتبر[٤] في القَدح المسكِرِ في حق الحرمة[٥] ما قالاه بالإجماع[٦]؛ أخذًا بالاحتياط، والشافعي يعتبر[٧] ظهور أثره في مِشيتهِ وحركاتِه وأطرافه[٨]، وهذا[٩] مما يتفاوت، فلا معنى لاعتباره.

ولا يحد السكران بإقراره على نفسه[١٠]؛ لزيادة احتمال الكذب في إقراره، فيحتال لدرءه[١١]؛ لأنه خالص حق الله تعالى، بخلاف حد القذف؛ لأن فيه حقّ العبد والسكران فيه[١٢] كالصاحي[١٣] عقوبةً، كما في

(١) أي إلى قولهما.

(٢) أي فيسلب منه.

(٣) أي إذا كان قد بقي التمييز.

(٤) قوله: "والمعتبر إلخ" أي المعتبر في القدح الذي يحصل به السكر في حق الحرمة ما قال أبو يوسف ومحمد: هو الذي يهذي ويختلط كلامه. (عيني)

(٥) لا في حق الحد.

(٦) قوله: "بالإجماع" أشار به إلى أن أبا حنيفة دار مع الاحتياط، فاعتبر في إيجاب الحد النهاية؛ إذ الاحتياط في درءه، واعتبر في حق السكر ماقالاه؛ لأن الاحتياط فيه. (عيني)

(٧) في السكر.

(٨) أي يديه ورجليه.

(٩) قوله: "وهذا" أي ظهور الأثر في مشيه مما يختلف، فإن السكران ربما لا يتمايل في مشيه، والصاحي ربما يتمايل، ويريق ويعثر في مشيه، فيرى التمايل منه، فلا يكون دليلا. (عناية)

(١٠) قوله: "ولا يحد السكران بإقراره على نفسه" يعني في الحدود الخاصة لله تعالى كالزنا، وشرب الخمر، والسرقة؛ لأن ا لإقرار خبر يحتمل الكذب، فإذا صدر من سكران زاد احتماله. (عناية)

(١١) الحد.

(١٢) أي في حق العبد.

(١٣) قوله: "كالصاحي" عرف ذلك بإجماع الصحابة، فإنهم قالوا: إذا سكر هذى، وإذا هذى افترى،

سائر تصرفاته[١]، ولو ارتد السكران لا تبين منه امرأته؛ لأن الكفر من باب الاعتقاد، فلا يتحقق مع السكر، وهذا قول أبى حنيفة ومحمد، وفى ظاهر الرواية تكون ردةً.

باب حد القذف[٢]

وإذا قذف الرجل رجلا محصنًا، أو امرأة محصنة بصريح الزنا، وطالب المقذوفُ بالحد[٣]، حدَه الحاكم ثمانين سَوطًا إن كان حراً؛ لقوله تعالى: ﴿والذين يرمون المحصنات﴾ إلى أن قال: ﴿فاجلدوهم ثمانين جلدة﴾ الآية.

والمراد[٤] الرمى بالزنا بالإجماع، وفى النصّ إشارة إليه، وهو اشتراط أربعة من الشهداء؛ إذ هو مختص بالزنا، ويشترط مطالبة المقذوف؛ لأن فيه[٥] حقه[٦] من حيث دفع العار، وإحصان المقذوف لما تلونا[٧]. قال[٨]: ويفرق[٩] على أعضاءه[١٠]؛ لما مر فى حد

وحد المفترى ثمانون جلدة، فهذا إجماع منهم على وجوب حد القذف، فإذا وجب عليه حد القذف حقًا للعبد، فكذلك سائر الحقوق كالقصاص وغيره. (عناية)

(١) السكران، فإن طلاقه وإعتاقه يصح.

(٢) قوله: "باب حد القذف" أخر حد القذف عن حد الشرب؛ لما أن جريمة الشارب متيقن بها، بخلاف جريمة القاذف، فإن القذف خبر محتمل بين الصدق والكذب، وبهذا كان ضرب حد القذف أخف من ضرب حد الشرب بضعف فى ثبوت القذف؛ لجواز أن يكون صادقًا فى نسبته إلى الزنا، فلا يكون قذفًا، والقذف فى اللغة الرمى، وفى الشرع نسبة من أحصن إلى الزنا صريحًا، أو دلالة. (عناية)

(٣) وعجز القاذف عن إثبات ما قذفه. (عناية)

(٤) بقوله: ﴿والذين يرمون المحصنات﴾. (ع)

(٥) أى فى حد القذف.

(٦) أى حق المقذوف.

(٧) أى ﴿والذين يرمون المحصنات﴾.

(٨) أى القدورى فى "مختصره". (عينى)

الـزنـا[١]، ولا يجرّد من ثيابه؛ لأن سببه[٢] غير مقطوع به[٣]، فلا يقام على الشدة، بخلاف حدّ الزنا[٤]، غير[٥] أنه ينزع عنه الفَرْو والحشو؛ لأن ذلك[٦] يَمنع إيصالَ الألم به، وإن كان القاذف عبدًا جلد أربعين سوطًا لمكان الرقّ، والإحصانُ أن يكون المقذوف حرًا عاقلا بالغًا مسلمًا عفيفًا عن فعل الزنا. أما الحرية فلأنه يطلق عليه اسم الإحصان، قال الله تعالى: ﴿فعليهن[٧] نصف ما على المحصنات من العذاب﴾ أى الحرائر، والعقلُ والبلوغُ؛ لأن العار لا يلحق بالصبى والمجنون لعدم تحقق فعل الزنا[٨] منهما، والإسلامُ؛ لقوله عليه السلام[٩]: «مَن أشرك بالله فليس بمحصَن[١٠]»*، والعفةُ؛ لأن غير العفيف لا يلحقه العار، وكذا القاذف

(٩) الضرب.

(١٠) القاذف.

(١) قوله: "لما مر فى حد الزنا" وهو قوله: لأن الجمع فى عضو واحد يفضى إلى التلف. (عناية)

(٢) حد القذف.

(٣) قوله: "غير مقطوع به" لاحتمال أن يكون القاذف صادقًا فى نسبته إلى الزنا، وإن كان عاجزًا عن إقامة البينة؛ لأنها على الوصف المشروط فيه لا تكاد تحصل. (عناية)

(٤) قوله: "بخلاف حد الزنا" حيث يجرد عن ثيابه؛ لأن سببه معاين بالبينة والإقرار، وههنا بعد ثبوت القذف بالبينة، وبالإقرار يتوقف إقامة الحد على معنى آخر، وهو كذبه فى النسبة إلى الزنا، وهو غير متيقن. (عناية)

(٥) استثناء من قوله: ولا يجرد. (ع)

(٦) يعني الفرو والحشو. (عناية)

(٧) الإماء.

(٨) أى الذى يؤثم صاحبه، ويوجب الحد عليه. (ع)

(٩) رواه إسحاق بن راهويه بإسناده عن ابن عمر. (عينى)

(١٠) وحد القذف واجب برمى المحصنات، كما مر فى الآية.

* راجع نصب الراية ج٣ ص٣٥٣، وانظر الدراية ج٢ ص١٠٦. (نعيم)

صادق فيه[١]. ومَنْ نفى نسب غيره، وقال: لستَ لأبيك، فإنه يحد، وهذا[٢] إذا كانت أمه حرة مسلمة؛ لأنه[٣] فى الحقيقة قذفٌ[٤] لأمّه؛ لأن النسب إنما ينفى عن الزانى، لا عن غيره.

ومَنْ قال لغيره فى غضب: لستَ بابن فلان لأبيه الذى يدعى له يحدّ، ولو قال فى غير غضب: لا يحد؛ لأن عند الغضب يراد به حقيقته[٥] سبًّا له، وفى غيره يراد به المعاتَبة[٦] بنفى مشابهته أباه فى أسباب المروءة.

ولو قال: لستَ بابن فلان يعنى جده لم يحد؛ لأنه صادق فى كلامه، ولو نسبه إلى جده لا يحد أيضًا؛ لأنه قد ينسب إليه[٧] مجازًا.

ولو قال له: يا ابن الزانية وأمُّه[٨] ميتة محصنَة، فطالب الابن بحده، حد القاذف؛ لأنه قذف محصَنة بعد موتها[٩]، ولا يطالب بحد القذف للميت إلا مَن يقع القدح فى نسبه بقذفه، وهو الوالد والولد[١٠]؛ لأن العار يلتحق به[١١] لمكان الجزئية، فيكون القذف متنًا ولا له معنًى.

وعند الشافعى يثبت حق المطالبة لكل وارثٍ؛ لأن حد القذف يورث

---

(١) أى فى قذف غير العفيف.

(٢) أى وجوب الحد. (عينى)

(٣) أى نفى النسب.

(٤) بالزنا.

(٥) فيتحقق القذف فيحد.

(٦) فليس بقذف فلا يحد.

(٧) الجد.

(٨) الواو حالية.

(٩) بخلاف ما إذا قذفها، ثم ماتت، فإن الحد يسقط. (عناية)

(١٠) قوله: "وهو الوالد والولد" يعنى الوالد والجد وإن علا، والولد وولد الولد وإن سفل. (عناية)

(١١) أى بكل واحد من الوالد والولد.

عنده[١] على ما نبين[٢]، وعندنا ولايةُ المطالبة ليس بطريق الإرث، بل لما ذكرناه[٣]، ولهذا يثبت عندنا للمحروم عن الميراث بالقتل، ويثبت لولد البنت، كما يثبت لولد الابن[٤]، خلافًا لمحمد[٥]، ويثبت لولد الولد حال قيام الولد، خلافًا لزفر[٦].

وإذا كان المقذوف محصنًا، جاز لابنه الكافر والعبد أن يطالب بالحد، خلافًا لزفر هو يقول: القذف يتناوله[٧] معنى لرجوع العار إليه[٨]، وليس طريقه الإرث[٩] عندنا، فصار[١٠] كما إذا كان[١١] متناولا له صورة ومعنًى.

ولنا أنه عَيّره[١٢] بقذف محصَن فيأخذه[١٣] بالحد، وهذا لأن الإحصان

---

(١) الشافعي.

(٢) أي عند قوله: ومن قذف غيره ومات. (عينى)

(٣) يعني قوله: لأن العار يلحق به. (عناية)

(٤) يعني بالاتفاق. (عناية)

(٥) قوله: "خلافًا لمحمد رحمه الله" فإنه روى عنه أن حق المطالبة لا يثبت لولد البنت؛ لأنه منسوب إلى أبيه، لا إلى أمه، فلا يلحقه الشين بزنا أبى أمه، وفى ظاهر الرواية النسب يثبت من الطرفين، ويصير الولد كريم الطرفين. (ع)

(٦) قوله: "خلافًا لزفر" قال زفر: ليس لولد الولد حال قيام الولد أن يخاصم؛ لأن الشين الذى يلحق الولد فوق ما يلحق ولد الولد، فصار ولد الولد مع بقاء الولد كالولد مع بقاء المقذوف. ولكنا نقول: حق الخصومة باعتبار ما لحقه من الشين نسبة إليه، وذلك موجود فى حق ولد الولد كوجوده فى حق الولد، فأيهما خاصم، يقام الحد بخصومته. بخلاف المقذوف فإن حق الخصومة باعتبار تناول القاذف من عرضه مقصودًا، وذلك لا يوجد فى حق ولده. (عناية)

(٧) الابن.

(٨) الابن.

(٩) لأن حد القذف لا يورث. (عناية)

(١٠) فى رجوع العار إليه. (ع)

(١١) قوله: "كما إذا كان إلخ" ولو كان متنًا ولا له صورة ومعنى، بأن قذفه قاذف ابتداء لم يجب عليه الحد؛ لعدم إحصان المقذوف، فكذا إذا تناوله معنًى. (عناية)

(١٢) أى الابن.

فى الذى ينسب إلى الزنا شرطٌ؛ ليقع تعييراً على الكمال، ثم يرجع هذا التعيير الكامل إلى ولده[١]، والكفرُ[٢] لا ينافى أهلية الاستحقاق، بخلاف ما إذا تناول القذف نفسَه[٣]؛ لأنه لم يوجد التعيير على الكمال لفقد الإحصان فى المنسوب إلى الزنا.

وليس للعبد أن يطالب مولاه بقذف أمِّه الحرة، ولا للابن أن يطالِب أباه[٤] بقذف أمه الحرة المسلمة[٥]؛ لأن المولى لا يعاقَب بسبب عبدِه، وكذا الأبُ بسبب ابنِه، ولهذا لا يقاد الوالدُ بولدِه، ولا السيدُ بعبده، ولو كان لها[٦] ابنٌ من غيره[٧] له أن يطالب لتحقق السبب[٨] وانعدام المانع[٩].

ومن قذف غيره، فمات المقذوف، بطل الحد، وقال الشافعى: لا يبطل، ولو مات بعد ما أقيم بعض الحد، بطل الباقى عندنا، خلافًا له؛ بناء على أنه يُورث[١٠] عنده، وعندنا لا يُورث[١١]، ولا خلاف أن فيه حقّ الشرع

---

(١٣) الابن.

(١) فجاز للولد أن يأخذه بالحد. (ع)

(٢) قوله: "والكفر إلخ" أى فإن قيل: جاز أن يكون المانع موجودا، فلا يترتب الحكم على المقتضى، أجاب بقوله: والكفر لا ينافى أهلية الاستحقاق أى استحقاق أهلية الخصومة؛ لأن استحقاقها باعتبار لحوق الشين، وذلك موجود فى الولد الكافر والمملوك؛ لأن النسبة لا ينقطع بالرق والكفر. (عناية)

(٣) أى نفس الكافر أو العبد.

(٤) أو جده وإن علا. (عناية)

(٥) أو جدته وإن علت. (عناية)

(٦) المرأة.

(٧) الزوج القاذف.

(٨) أى سبب وجوب الحد، وهو القذف. (عينى)

(٩) أى الأبوة. (عينى)

(١٠) لغلبة حق العبد.

(١١) اعتباراً لغلبة حق الله.

وحقّ العبد، فإنه[١] شُرع لدفع العار عن المقذوف، وهو الذى[٢] ينتفع به على الخصوص، فمن هذا الوجه حق العبد. ثم إنه شرع زاجرًا[٣]، ومنه سمى حدًّا[٤]، والمقصود من شرع الزاجر إخلاء العالَم عن الفساد، وهذا آية[٥] حق الشرع[٦]، وبكل ذلك تشهد الأحكام[٧]. وإذا تعارضت الجهتان[٨]، فالشافعى مال إلى تغليب حق العبد تقديمًا لحق العبد باعتبار حاجته، وغناء الشرع، ونحن صرنا إلى تغليب حق الشرع؛ لأن ما للعبد من الحق[٩] يتولاه مولاه[١٠]، فيصير حق العبد مرعيًا به، ولا كذلك عكسه[١١]؛ لأنه لا ولايةَ للعبد فى استيفاء حقوق الشرع إلا نيابةً، وهذا هو

---

(١) أى حد القذف.

(٢) لا غيره.

(٣) أى للناس عن القذف.

(٤) لأن الحد اسم لما شرع زاجرًا.

(٥) أى علامة.

(٦) لأنه لم يختص به إنسان دون إنسان.

(٧) قوله: "وبكل ذلك تشهد الأحكام" أما الأحكام التى تدل على أنه حق العبد، فهو أنه يستوفى بالبينة بعد تقادم العهد، ولا يعمل فيه الرجوع عن الإقرار، وكذلك لا يستوفى إلا بخصومته، وإنما يستوفى بخصومته ما هو حقه. بخلاف السرقة فإن خصومته هناك للمال دون الحد، حتى لو بطل الحد بشبهة لا يبطل المال، وأما الأحكام التى تشهد على أنه حق الله أن الاستيفاء إلى الإمام، والإمام إنما يتعين نائبا فى استيفاء حق الله، ولايحلف فيه القاذف، ولا ينقلب مالاعند السقوط، ولايورث، فعلم بهذه الأحكام أنه حق الله تعالى. (ن)

(٨) أى جهة حق العبد وحق الله.

(٩) قوله: "لأن ما للعبد [وهو العار] إلخ" قيل: فيه نظر؛ لأنه يلزم أن لا يكون حق العبد غالبًا فى ما إذا اجتمع الحقان أصلا، وهو خلاف الأصول والمنقول، فإن القصاص مما اجتمع فيه حق العبد وحق الله، وحق العبد غالب على حق الله. (عناية)

(١٠) هو الله تعالى.

(١١) قوله: "ولا كذلك [أى إذا غلب حق العبد، كما قاله الشافعى] حق الله تعالى" الحاصل أن اعتبار مجرد حق العبد يوجب فوات حق الله تعالى، واعتبار حقه تعالى متضمن لاعتبار حق العبد، فكان اعتباره أولى. والأحسن أن يوجه جعله حقا لله تعالى بأن القذف وإن كان فيه حق العبد، وهو رفع العار، لكنه أيضًا راجع إلى الله تعالى أيضًا؛ لأن النسبة إلى الزنا إنما يكون سببًا للعار لأن الله تعالى حرمه، فرجع الأمر إلى حق الله. (ع)

الأصل المشهور الذى يتخرّج عليه الفروع المختلف فيها[١].

منها : الإرث؛ إذ الإرث[٢] يجرى فى حقوق العباد[٣]، لا فى حقوق الشرع.

ومنها : العفو فإنه لا يصح[٤] عفو المقذوف عندنا، ويصح عنده[٥]، ومنه :ا أنه لا يجوز الاعتياض عنه[٦]، ويجرى فيه التداخل[٧]، وعنده لا يجرى. وعن أبى يوسف فى العفو مثل قول الشافعى، ومن أصحابنا[٨] من قال: إن الغالب حق العبد، وخرج الأحكام[٩] والأول أظهر[١٠].

ومن أقر بالقذف، ثم رجع لم يُقبل رجوعه؛ لأن للمقذوف فيه حقًا،

---

(١) بيننا وبين الشافعى.

(٢) قوله: "إذ الإرث إلخ" يشكل بأن الغالب فى القصاص حق العبد اتفاقا مع أن الإرث لا يجرى فيه عند أبى حنيفة إلا أن يجاب عنه بأن حق العبد إنما يوجب الوراثة إذا أمكن القول بها، كما فى حد القذف؛ لأنه حق يثبت للمقذوف حال حياته، فجاز أن ينتقل عنه إلى ورائته. أما القصاص: فهو وإن كان الغالب فيه حق العبد، لكن لا يمكننا القول بثبوته بطريق الوراثة؛ لأنه لا يثبت للميت، فإنه لا يثبت له إلا ما له إليه حاجة، ولا حاجة له إليه بعد الموت، فلذا لم يجرِ فيه الوراثة. (ملا إله داد)

(٣) فيجرى عنده لا عندنا.

(٤) وعنده يصح.

(٥) بناء على أنه حقه.

(٦) لكونه حقًا لله تعالى.

(٧) قوله: "ويجرى فيه التداخل" حتى لو قذف شخصًا مرات، أو قذف جماعة كان فيه حد واحد، إذا لم يتخلل حد بين القذفين. (ف)

(٨) قوله: "ومن أصحابنا" أراد به صدر الإسلام أبو اليسر، فإنه ذكر فى "مبسوطه": الصحيح أن الغالب فيه حق العبد، كما قاله الشافعى؛ لأن أكثر الأحكام تدل عليه، وقد نص محمد فى "الأصل" أن حد القذف حق العبد كالقصاص إلا أنه فوض إقامته إلى الإمام؛ لأنه لا يهتدى إلى إقامته. (نهاية)

(٩) قوله: "وخرج الأحكام" أى أجاب عن الأحكام التى تدل على أنه حق الله، فقال فى التفويض إلى رأى الإمام: إن كل أحد لا يهتدى إلى إقامة الحد، وقال فى عدم الإرث: إنه لا يوجب كونه حق الله كالشفعة وخيار الشرط؛ لأن الإرث يجرى فى الأعيان. (عناية)

(١٠) وعليه عامة أصحابنا. (نهاية)

فيكذبه فى الرجوع، بخلاف [١] ما هو خالص حق الله؛ لأنه لا مكذب له فيه.

ومن قال للعربى: يا نبطى [٢]! لم يحد؛ لأنه يراد به التشبيه فى الأخلاق [٣]، أو عدم الفصاحة، وكذا إذا قال: لستَ بعربى؛ لما قلنا [٤].

ومن قال لرجل: يا ابن ماء السماء [٥]! فليس بقاذف؛ لأنه يراد به التشبيه فى الجود والسماحة والصفاء؛ لأن ماء السماء لقب به [٦] لصفاءه وسخاءه. وإن نسبه إلى عمه، أو خاله، أو إلى زوج أمه، فليس بقاذف؛ لأن كل واحد من هؤلاء يسمى أبًا. أما الأول فلقوله تعالى [٧]: ﴿نعبد إلهك وإله آبائك [٨] إبراهيم وإسماعيل وإسحاق﴾، وإسماعيل كان عمًّا له، والثانى لقوله عليه السلام: «الخال أب [٩]»*، والثالث للتربية [١٠].

---

(١) فيقبل فيه الرجوع.

(٢) قوله: "يا نبطى!" النبط قوم من الناس بسواد العراق، فهم ممن يذم بالنسبة إليهم. (كفاية)

(٣) لا القذف بالزنا.

(٤) من أنه يراد به التشبيه فى الأخلاق.

(٥) قوله: "يا ابن السماء" هو لقب عامر بن حارثة الأزدى، وكان يلقب به؛ لأنه كان يقيم بماله مقام القطر وقت القحط، وأما أم المنذر بن امرئ القيس، فكانت تلقب به لجمالها وحسنها. (كفاية)

(٦) أى بهذا اللفظ.

(٧) قوله: "فلقوله تعالى" أول الآية: ﴿أم كنتم شهداء إذ حضر يعقوب الموت إذ قال لبنيه ما تعبدون من بعدى قالوا نعبد إلهك وإله آبائك إبراهيم وإسماعيل وإسحاق إلهًا واحدًا﴾، وإسماعيل كان عمًّا ليعقوب، فإن إسحاق وإسماعيل أخوان، ويعقوب ابن إسحاق. (نهاية)

(٨) الخطاب إلى يعقوب خاطبه بنوه. (ن)

(٩) قوله: "الخال أب" قلت: غريب، وفى "مسند الفردوس" للديلمى عن عبد الله بن عمرو مرفوعًا: «الخال والد من لا والد له». (تخريج زيلعى)

* راجع نصب الراية ج٣ ص٣٥٣، وانظر الدراية ج٢ فى باب حد القذف ص١٠٦. (نعيم)

(١٠) قوله: "والثالث للتربية" أى يسمى زوج الأم أبًا للتربية، كما يسمى ابن المرأة من غيره ابنًا، قال الله تعالى حكاية من نوح: ﴿رب إن ابنى من أهلى﴾، قيل: كان ذلك الابن ربيبًا له. (عناية)

ومن قال لغيره: زنأت[١] في الجبل، وقال: عنيتُ[٢] صعودَ الجبل حد، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف. وقال محمد: لا يحد؛ لأن المهموز منه للصعود حقيقة، قالت امرأة من العرب[٣] ع:

وأرق[٤] إلى الخيرات زنا في الجبل

وذكر الجبل[٥] يقرره مرادًا. ولهما أنه يستعمل في الفاحشة مهموزًا أيضًا؛ لأن من العرب[٦] من يُهمز الملين[٧]، كما يلين المهموز.

وحالةُ الغضب والسباب[٨] تعيِّنُ الفاحشةَ مرادًا بمنزلة ما إذا قال: يا زاني[٩]، أو قال: زنأتَ[١٠]، وذكر الجبل إنما يعين الصعود مرادًا إذا كان مقرونًا بكلمة على؛ إذ هو المستعمل فيه، ولو قال: زنأت على الجبل قيل:

---

(١) أي بالهمزة. (ع)

(٢) أي أردت.

(٣) لولدها.

(٤) قوله: "وأرق إلخ" أوله:

أشبه أبا ملك أو أشبه جمل	ولا تكونن كهلّوف وكلّ
لصبح في مضجعه قد انجدل	وأرق إلى الخيرات زنأ بالجبل

وجمل بالجيم اسم لرجل أبو حي من العرب، والهلوف بكسر الهاء وتشديد اللام الشيخ الهرم، والكل العيال والانجدال، السقوط. (ن)

(٥) قوله: "وذكر الجبل يقرره" لأنه قرينة الصعود، ولهذا لو قال: زنأت الجبل لا يحد، وحرف في لا ينافي الصعود، كما في قول الشاعر. (كفاية)

(٦) قوله "لأن من العرب إلخ" فمنهم العجاج، فإنه كان يهمز العالم والخاتم، وهمز الملين أيضًا في الهرب من التقاء الساكنين، فقال: دأبه وشابه، وهمزوا في غير التقاء الساكنين أيضًا. (نهاية)

(٧) المراد به خلاف المهموز.

(٨) قوله: "وحالة الغضب" فيه إشارة إلى أنه لو قاله في غير حالة الغضب والسباب ولم يكن هناك قرينة من القرائن الحالية أو المقالية، لم يحد بهذا القول؛ لجواز أن يريد به الصعود، ولما كان يرد عليه بأن حالة الغضب، وإن كانت معينة للفاحشة، لكن ههنا معينا لمعنى الصعود أيضًا، وهو كلمة الجبل، فأجاب عنه بقوله: وذكر الجبل إلخ. (ع)

(٩) بالهمز.

(١٠) بدون ذكر الجبل.

لا يحدّ؛ لما قلنا[١]، وقيل: يُحدّ للمعنى الذى ذكرناه[٢].

ومن قال لآخر: يا زانى! فقال: لا، بل أنتَ، فإنهما يحدان؛ لأنّ معناه[٣] لا، بل أنت زانٍ؛ إذ هى[٤] كلمة عطف يستدرك بها الغلط، فيصير الخبر المذكور فى الأول[٥] مذكورًا فى الثانى.

ومن قال لامرأته: يا زانية! فقالت: لا، بل أنتَ، حدت[٦] المرأة، ولا لعان؛ لأنهما قاذفان، وقذفه يوجب اللعان، وقذفها الحد[٧]، وفى البداية بالحد[٨] إبطالُ اللعان؛ لأن المحدود فى القذف ليس بأهل له[٩]، ولا إبطال فى عكسه[١٠] أصلا، فيحتال للدرء[١١]؛ إذ اللعان فى معنى الحد.

---

(١) إشارة إلى قوله: إذا كان مقرونًا بكلمة على. (نهاية)

(٢) إشارة إلى قوله: وحالة الغضب. (نهاية)

(٣) أى معنى قول الآخر.

(٤) قوله: "إذ هى" يعنى أن كلمة بل كلمة عطف لاستدراك الغلط، والعطف إذا لم يكن له خبر يجعل الخبر الأول خبرًا له. (نهاية)

(٥) قوله: "فى الأول" اعترض عليه بأن المراد بالأول هو يا زانى! وليس فيه خبر، والجواب أن المراد بالخبر الجزء؛ لأن الخبر الجزء الأخص، فيستعار للعام، كذا فى "العناية". أقول: والأولى أن يقال: المنادى أيضًا يشتمل على الخبر ولو ضمنا، فمعنى قوله: فيصير الخبر المذكور فى الأول أى ضمنا. (عبد)

(٦) أى حد القذف.

(٧) باللعان.

(٨) على المرأة.

(٩) قوله: "ليس بأهل له" لأن أهلية اللعان تعتمد أهلية الشهادة، وإقامة الحد تبطل أهلية شهادة المحدود فى القذف. (ع)

(١٠) قوله: "ولا إبطال فى عكسه [أى فى البداية باللعان؛ لأن بجريان اللعان لا يبطل إحصان الرجل]" يعنى لو قدمنا اللعان لا يبطل به حد القذف عن المرأة، غاية ما فى الباب أن اللعان فى حق الرجل قام مقام حد القذف، ولكن لا يخرج به عن أن يكون عفيفًا، فيجبُ حد القذف على المرأة احتيالا لدرء اللعان. (ع)

(١١) أى دفع اللعان.

ولو قالت[(١)]: زنيت بك، فلا حد، ولا لعان، ومعناه قالت بعد ما قال لها: يا زانية! لوقوع الشك في كل واحد منهما؛ لأنه يحتمل أنها أرادت الزنا قبل النكاح، فيجب الحد[(٢)] دون اللعان؛ لتصديقها[(٣)] إياه، وانعدامه[(٤)] منه[(٥)]، ويحتمل أنها أرادت زناي ما كان معك[(٦)] بعد النكاح؛ لأني ما مكّنتُ أحدًا غيرك، وهو المراد في مثل هذه الحالة، وعلى هذا الاعتبار يجب اللعان دون الحد على المرأة؛ لوجود القذف منه[(٧)]، وعدمه منها، فجاء ما قلنا[(٨)].

ومن أقر بولد، ثم نفاه فإنه يلاعن؛ لأن النسب لزمه بإقراره، وبالنفي بعده صار قاذفًا[(٩)] فيلاعن.

وإن نفاه ثم أقر به حد[(١٠)]؛ لأنه لما أكذب نفسه، بطل اللعان؛ لأنه حد

---

(١) أي في جواب قول الزوج لها: يا زانية! (ع)

(٢) قوله: "فيجب الحد" أي يجب الحد على المرأة دون اللعان على الزوج؛ لأنها أقرت بالزنا على نفسها، كذا ذكره قاضي خان. (نهاية)

قوله: "فيجب الحد" أي يجب حد الزنا، كذا في الشرح، وفيه نظر؛ لما عرف أن الإقرار مرة لا يوجب الحد ما لم يقر أربع مرات، وهي لم تقر إلا مرة، ولأن المصنف علله بقوله لتصديقها إياه، وانعدامه منه، ولا يخفى أن انعدامه في وجوب حد القذف عليها، والحق أن يراد بالحد في قوله: فيجب الحد حد القذف، كما وقع التصريح به في الكافي. (إله داد)

(٣) أي تصديق المرأة زوجها في نسبة الزنا إليها.

(٤) أي التصديق. (ن)

(٥) أي من الزوج. (نهاية)

(٦) قوله: "زناي ما [كلمة ما موصولة خبر لزناي. نهاية] كان معك" إطلاق لفظ الزنا على الوطئ الحلال بطريق المشاكلة، كما في قوله تعالى: ﴿فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم﴾. (كفاية)

(٧) أي الزوج.

(٨) من أنه لا حد، ولا لعان لوقوع الشك. (عناية)

(٩) للزوجة.

(١٠) الزوج حد القذف.

ضرورى صير إليه ضرورة التكاذب[١]، والأصل فيه حد القذف، فإذا بطل التكاذب[٢] يصار إلى الأصل. والولد ولده فى الوجهين[٣]؛ لإقراره به سابقًا، أو لاحقًا، واللعان يصح[٤] بدون قطع النسب كما يصح بدون الولد. وإن قال[٥]: ليس بابنى، ولا بابنكِ، فلا حدّ[٦] ولا لعان؛ لأنه أنكر الولادة، وبه لا يصير قاذفًا.

ومن قذف امرأة، ومعها أولاد لا يُعرف لهم أب، أو قذف الملاعنة[٧] بولد، والولد حى، أو قذفها بعد موت الولد، فلا حد عليه؛ لقيام أمارة[٨] الزنا منها، وهى ولادة ولد لا أب له، ففاتت العفة نظرًا إليها[٩]، وهى شرط الإحصان[١٠]، ولو قذف امرأة لاعنت بغير ولد، فعليه الحد؛ لانعدام أمارة الزنا[١١].

---

(١) بإكذاب الرجل نفسه. (عناية)

(٢) بإكذاب الرجل نفسه. (عناية)

(٣) أى الوجه الذى أقر، ثم نفى وعكسه. (ع)

(٤) قوله: "واللعان يصح إلخ" جواب سؤال مقدر، تقريره: أن سبب اللعان ههنا كان نفى الولد، فلما لم ينتفِ الولد يجب أن لا يجرى اللعان عنهما؛ لأن فى بطلان المتضمن بطلان المتضمن. (نهاية)

(٥) لامرأته.

(٦) لأنه لا يقذفها بالزنا.

(٧) قوله: "أو قذف الملاعنة" بفتح العين، هكذا نقله صاحب "النهاية" عن شيخه وبخطه، ويجوز أن يكون بكسر العين معناه التى لاعنت بولد، كذا فى "الكافى". (عناية)

(٨) بالفتح بمعنى العلامة.

(٩) أى إلى أمارة الزنا. (نهاية)

(١٠) قوله: "وهى شرط الإحصان" أى العفة شرط وجوب حد القذف على القاذف، وهى فائتة، فلا يجب الحد عليه. (نهاية)

(١١) قوله: "لانعدام أمارة الزنا" فإن قيل: اللعان فى جانبها قائم مقام حد الزنا، وكانت محدودة فى الزنا، فوجب أن لا يحد قاذفها، قلنا: اللعان قائم مقام الزنا بالنسبة إلى زوجها، لا بالنسبة إلى الغير. (د)

قال: ومن وطئ وطئًا حرامًا في غير ملكه[١]، لم يحد قاذفه؛ لفوات العفة[٢]، وهي شرط الإحصان، ولأن القاذف صادق[٣]. والأصل فيه أن من وطئ وطئًا حرامًا لعينه لا يجب الحد بقذفه؛ لأن الزنا هو الوطئ المحرم لعينه[٤]، وإن كان محرمًا لغيره يحد؛ لأنه ليس بزنا، فالوطئ في غير الملك من كل وجه، أو من وجه حرامٌ لعينه، وكذا الوطئ في الملك، و الحرمة[٥] مؤبدة[٦]، فإن كانت الحرمة موقتة[٧]، فالحرمة لغيره. وأبو حنيفة يشترط أن يكون الحرمة المؤبدة ثابتة بالإجماع[٨]، أو بالحديث المشهور[٩]؛ لتكون ثابتة من غير تردد. بيانه أن من قذف رجلا وطئ جارية مشتركة بينه وبين آخر، فلا حد عليه؛ لانعدام الملك من وجه[١٠].

وكذا قذف امرأة زنت في نصرانيتها[١١]؛ لتحقق الزنا منها شرعًا[١٢]؛

---

(١) أي من كل وجه، أو من وجه. (كفاية)

(٢) قوله: "لم يحد قاذفه" اعلم أن الحرمة على وجهين: أحدهما: حرام لعينه، وذلك ينشأ من شيئين: أحدهما: الوطئ في غير الملك، أما من كل وجه كوطئ الأجنبية، أو من وجه كوطئ الجارية المشتركة بينه بين غيره. والثاني: بوطئ المرأة التي هي حرام عليه على سبيل التأبيد، وإن كان في ملكه كوطئ أمته، وهي أخته من الرضاع، فلا يجب حد قاذفه، وما سواهما من الوطئ، فمن قبيل ما هو حرام لغيره كوطئ أمته المجوسية، وبمثله لا يسقط الإحصان إلى هذا أشار في "المبسوط". (نهاية)

(٣) لأن الزنا هو الوطئ الحرام لعينه. (ع)

(٤) فكان القاذف صادقًا.

(٥) الواو للحال.

(٦) كأمته التي هي أخته رضاعًا. (ك)

(٧) كالوطئ حالة الحيض. (ن)

(٨) قوله: "بالإجماع" كموطوءة الأب بعد ملك النكاح أو ملك اليمين إذا اشتراها ابنه فوطئها. (ن)

(٩) قوله: "أو بالحديث المشهور" كحرمة وطئ المنكوحة بلا شهود، فإنها ثابتة بحديث: «لا نكاح إلا بالشهود»، وهو مشهور. (ع)

(١٠) لوجود الشريك.

(١١) أي في حال الكفر.

(١٢) فيكون القاذف صادقًا.

لانعدام الملك(١)، ولهذا وجب عليها الحد.

ولو قذف رجلا وأتى أمته و هى(٢) مجوسية، أو امرأته و هى(٣) حائض، أو مكاتبةً له، فعليه الحد؛ لأن الحرمة مع قيام الملك، وهى موقتة، فكانت الحرمة لغيره، فلم يكن زنا(٤).

وعن أبى يوسف أن وطئ المكاتبة يسقط الإحصان، وهو قول زفر؛ لأن الملك زائلٌ فى حق الوطئ، ولهذا يلزمه العُقر بالوطئ(٥)، ونحن نقول: ملك الذات باقٍ، والحرمة لغيره؛ إذ هى موقتة(٦).

ولو قذف رجلا وطئ أمته، وهى أخته من الرضاعة لا يحد؛ لأن الحرمة مؤبدة، وهذا هو الصحيح(٧).

ولو قذف مكاتبًا، ومات وترك وفاء، لا حد عليه؛ لتمكن الشبهة فى الحرية لمكان اختلاف الصحابة(٨).

ولو قذف مجوسيًا تزوج بأمه ثم أسلم، يحد عند أبى حنيفة، وقالا: لا حد عليه، وهذا بناء على أن تزوج المجوسى بالمحارم له حكم الصحة فيما

---

(١) أى ملك الزانى.

(٢) الواو للحال.

(٣) الواو للحال.

(٤) فكان القاذف كاذبًا، فيجب عليه الحد.

(٥) قوله: "يلزمه العقر بالوطئ" وجوب العقر للمولى باعتبار أن للمكاتب ملكًا، وملك اليد أيضًا يضمن كما يضمن ملك الرقبة، ولزوم العقر فى المكاتبة لا يدل على سقوط الإحصان، كالراهن إذا وطئ المرهونة وهى بكر، يلزمه العقر، ولا يسقط به الإحصان، كذا قيل. (مولوى محمد عبد الحى نور الله مرقده)

(٦) أى إلى فسخ الكتابة. (كفاية)

(٧) قوله: "هذا هو الصحيح" وذكر الكرخى أنه لا يسقط به الإحصان؛ لأن الفعل حرم مع قيام الملك المبيح، فلا يسقط به إحصانه، والصحيح هو الأول لثبوت التضاد بين الحل الحرمة. (كفاية)

(٨) قوله: "لمكان اختلاف الصحابة" يعنى فى أنه مات حرا، أو عبدًا على ما سيجيء فى كتاب المكاتب، إن شاء الله تعالى. (عناية)

بينهم عنده، خلافًا لهما، وقد مر فى النكاح[١].

وإذا دخل الحربى دارنا[٢] بأمان، فقذف مسلمًا حد[٣]؛ لأن فيه حق العبد، وقد التزم إيفاء[٤] حقوق العباد، ولأنه طمع فى أن لا يؤذى[٥]، فيكون ملتزمًا[٦] أن لا يؤذى[٧]، وموجَبَ أذاه الحد.

وإذا حدّ المسلم فى قذف، سقطت شهادته وإن[٨] تاب، وقال الشافعى: تقبل إذا تاب، وهى[٩] تعرف فى الشهادات.

وإذا حد الكافر فى قذف لم يجز شهادته على أهل الذمة؛ لأن له الشهادة على جنسه، فترد[١٠] تتمةً لحده.

فإن أسلم[١١] قبلت شهادته عليهم[١٢]، وعلى المسلمين؛ لأن هذه شهادة[١٣] استفادها بعد الإسلام، فلم تدخل تحت الرد، بخلاف العبد[١٤]

---

(١) أى فى باب نكاح أهل الشرك. (عناية)

(٢) أى دار الإسلام.

(٣) قوله: "حد" هذا هو جواب ظاهر الرواية، وعن أبى حنيفة أنه لا يحد؛ لأن الغالب فيه حق الله تعالى. (عناية)

(٤) مصدر وفى. (ن)

(٥) أى لا يؤذيه أحد من المسلمين.

(٦) قوله: "فيكون ملتزمًا إلخ" أى التزم أن لا يؤذى أحدًا، وإن أذى يتحمل موجب الأذى، وهو حد القذف. (نهاية)

(٧) أى أحدًا من أهل الإسلام.

(٨) الواو وصلية.

(٩) أى هذه المسألة تذكر فى كتاب الشهادات.

(١٠) كما فى المسلم.

(١١) أى الذمى بعد ماحد فى القذف.

(١٢) أى الذميين.

(١٣) قوله: "لأن هذه شهادة إلخ" فإن قيل: إنما استفاد أهلية الشهادة على المسلمين، فأما على أهل الذمة

إذا حدّ حدَّ القذف، ثم أعتق حيث لا تقبل شهادته؛ لأنه لا شهادة له أصلا في حال الرق[١]، فكان ردُّ شهادته بعد العتق من تمام حده.

فإن ضُرب سوطًا في قذف[٢]، ثم أسلم، ثم ضُرب ما بقي جازت شهادته؛ لأن رد الشهادة متمم للحد، فيكون صفةً له، والمقام[٣] بعد الإسلام[٤] بعض الحد، فلا يكون رد الشهادة صفةً له، وعن أبي يوسف أنه ترد شهادته؛ إذ الأقل[٥] تابع للأكثر، والأول أصح[٦].

قال: ومن قذف، أو زنى، أو شرب غير مرةٍ فحد، فهو لذلك كله، أما الآخران[٧] فلأن المقصد من إقامة الحد حقا لله تعالى الانزجار، واحتمالُ حصوله[٨] بالأول قائم، فيتمكن شبهة فوات المقصود[٩] في

فقد كانت الشهادة موجودة، وقد صارت باطلة بإقامة الحد. قلنا: لا كذلك، بل بالإسلام استفادها أيضًا؛ تبعا لأهلية الشهادة على المسلمين، وهو غير ما كان موجودًا قبله، كذا في "الجامع الصغير". (نهاية)

(١٤) قوله: "بخلاف العبد" جواب عما يقال: العبد إذا قذف، فضرب الحد، ثم أعتق لا تقبل شهادته، فكيف قبلت شهادة الكافر إذا أسلم. (عناية)

(١) حتّى يكفى رده تتمة للحد.

(٢) قوله: "فإن ضرب [الكافر] سوطًا إلخ" أجمع العلماء على القبول إذا حد قبل الإسلام، وعلى عدم القبول إذا حد بعده، ولو أقيم بعضه في الإسلام وبعضه قبله، اختلفوا فيه، فقال أبو حنيفة: ينظر إلى حال إكمال الحد، إن ضرب في كفره تسعة وتسعين، وبعد الإسلام واحدًا لا تقبل؛ لأن رد شهادته من تمام حده، فينظر حال تمامه. وهكذا روى عن أبي يوسف، ثم رجع إلى ما ذكره في الكتاب؛ لأن الرد تتمة للحد، فلا بد من وجوده؛ ليكون الرد تتمة له، ولم يوجد، لا في الكفر، ولا في حال الإسلام. (كفاية)

(٣) بضم الميم.

(٤) وكذلك في الكفر.

(٥) فكان الكل وجد في الإسلام. (ع)

(٦) لأن بعض الحد لا يكون حدًا. (كفاية)

(٧) أي الزنا والشرب.

(٨) قوله: "واحتمال إلخ" أي احتمال حصول الانزجار بالأول قائم، فيتمكن شبهة فوات المقصود، وهو الانزجار، فإنه لما حصل بالحد الأول، لا يحتاج إلى الحد ثانيًا، ولما تمكنت الشبهة لم يقم الحد الثاني. (نهاية)

(٩) والحدود تدرأ بالشبهات. (ن)

الثاني، وهذا[1] بخلاف ما إذا زنى، وقذف، وسرق، وشرب؛ لأن المقصود من كل جنس غير المقصود من الآخر[2]، فلا يتداخل.

وأما القذف فالمغلب فيه عندنا[3] حق الله[4]، فيكون ملحقًا بهما، وقال الشافعي: إن اختلف المقذوف[5]، أو المقذوف به[6]، وهو الزنا لا يتداخل؛ لأن المغلب فيه حق العبد عنده.

فصل[7] في التعزير

ومن قذف عبدًا، أو أمةً، أو أم ولد، أو كافرا بالزنا عزّر؛ لأنه جناية قذف. وقد امتنع وجوب الحد لفقد الإحصان[8]، فوجب التعزير.

وكذا إذا قذف مسلمًا بغير الزنا، فقال: يا فاسق! أو يا كافر! أو يا خبيث! أو يا سارق! لأنه أذاه، وألحق الشين[9] به، ولا مدخل للقياس في الحدود[10]، فوجب التعزير إلا أنه يبلغ بالتعزير غايته في الجناية

---

(١) دفع دخل مقدر.

(٢) قوله: "غير المقصود من الآخر" فحد الزنا لصيانة الأنساب، وحد السرقة لصيانة الأموال، وحد الشرب لصيانة العقول، وحد القذف لصيانة الأعراض فلا تتداخل. (كفاية)

(٣) لا عند الشافعي.

(٤) فيجرى فيه التداخل كسائر الحدود. (ع)

(٥) بأن قذف غير الأول. (ك)

(٦) بأن قذف الأول بزنا آخر. (ك)

(٧) قوله: "فصل" لما فرغ عن ذكر الحدود، وهي الزواجر المقدرة الثابتة بالكتاب، أو السنة، أو الإجماع، ذكر في هذا الفصل الزاجر الذي هو دونها في القدر وقوة الدليل، وهو التعزير، وأصله من العزر بمعنى لزجر والردع، والأصل فيه أن من قذف غيره بكبيرة لم يجب فيها حد، يجب فيها التعزير. (عناية)

(٨) في المقذوف.

(٩) بالفتح أي العيب والعار.

(١٠) قوله: "في الحدود" أي في إثباتها؛ لأن الحد عقوبة مقدرة، والرأي لا يهتدى إلى تقدير العقوبة بقدر معلوم، وإذا امتنع الحد، وجب التعزير. (حاشية ملا إله داد)

الأولى[(١)]؛ لأنه من جنس ما يجب به الحد، وفي الثانية[(٢)] الرأى إلى الإمام. ولو قال: يا حمار! أو يا خنزير! لم يعزر؛ لأنه ما ألحق الشين به للتيقن بنفيه[(٣)]، وقيل: فى عرفنا[(٤)] يعزّر؛ لأنه يعدُّ سبًا، وقيل: إن كان المسبوب من الأشراف كالفقهاء والعلوية[(٥)] يعزّر؛ لأنه يلحقهم الوحشة بذلك[(٦)]، وإن كان من العامة لا يعزر، وهذا[(٧)] أحسن، والتعزير أكثره تسعة وثلاثون سوطًا، وأقله ثلاث جلدات.

وقال أبو يوسف: يبلغ التعزير خمسًا وسبعين سوطًا، والأصل فيه قوله عليه السّلام[(٨)]: «من بلغ[(٩)] حدًا فى غير حد فهو من المعتدين[(١٠)]»*، وإذا تعذر تبليغه حدًا، فأبو حنيفة ومحمد نظرًا إلى أدنى الحد،[(١١)] وهو حد العبد فى القذف، فصرناه إليه، وذلك أربعون،

---

(١) وهى ما إذا قذف غير المحصن بالزنا. (ك)

(٢) يعنى قوله: يا فاسق! إلخ. (ع)

(٣) قوله: "للتيقن بنفيه" قيل: بل يلحق الشين للقاذف؛ لأن كل أحد يعلم أنه آدمى، وإن القاذف كاذب. (عناية)

(٤) كذا حكى عن الهندوانى. (نهاية)

(٥) أى السادات.

(٦) أى بما ذكر من الألفاظ ونحوه.

(٧) أى هذا التفصيل أحسن.

(٨) قوله: "قوله عليه السلام" قلت: أخرجه البيهقى ومحمد بن الحسن فى "كتاب الآثار" مرفوعًا. (ت)

(٩) قوله: "من بلغ" بالتخفيف بمعنى السماع، كذا فى "المغرب"، وأما ما يجرى على ألسنة الفقهاء من التثقيل، فعلى حذف المفعول الأول، كما فى قوله عليه الصلاة والسلام: «ألا فليبلغ الشاهد الغائب»، وذكر هذا الحديث فى "الفوائد الظهيرية". ثم قال: بلغ بالتخفيف من البلوغ، لا من التبليغ؛ لأن المبلغ إليه غير مذكور، والمراد تبليغ الحد غير الحد، ومعنى بلغ بالتخفيف أتى حدًا فى موضع لا يجب فيه الحد. (كفاية)

(١٠) أى المتجاوزين عن حد الشرع.

* راجع نصب الراية ج٣ ص٣٥٤، والدراية ج٢، الحديث ٦٧٣ ص١٠٧. (نعيم)

(١١) قوله: "إلى أدنى الحد إلخ" هذا هو الحق؛ لأن من اعتبر حد الأحرار، فقد بلغ حدًا، وهو حد العبد، والتنكير فى الحديث ينافيه. ووجه نقصان السوط فى المذهبين أن البلوغ إلى تمام الحد متعذر، وليس بعده قدر معين، فيصار إلى أقل ما يمكن للتيقن. (عناية)

فنقصا منه سوطًا[(١)] . وأبو يوسف اعتبر أقل الحد فى الأحرار[(٢)] ؛ إذ الأصل هو الحرية ، ثم نقص سوطًا[(٣)] فى رواية عنه ، وهو قول زفر ، وهو القياس ، وفى هذه الرواية[(٤)] نقص خمسة ، وهو مأثور عن على[(٥)]* فقلّده ، ثم قدّر الأدنى فى الكتاب بثلاث جلدات ؛ لأن ما دونها لا يقع به الزجر ، وذكر مشايخنا أن أدناه على ما يراه الإمام[(٦)] يقدر بقدر ما يعلم أنه[(٧)] ينزجر ؛ لأنه يختلف باختلاف الناس . وعن أبى يوسف أنه على قدر عظم الجُرم وصغره ، وعنه أنه يقرب كل نوع من بابه ، فيقرب اللمس[(٨)] ، والقبلة من حد الزنا ، والقذف بغير الزنا من حد القذف[(٩)] .

قال : وإن رأى الإمام أن يضم إلى الضرب فى التعزير الحبسَ فعل ؛ لأنه صلح تعزيراً ، وقد ورد الشرع به فى الجملة[(١٠)] ، حتى جاز أن يكتفى به ، فجاز أن يضم إليه ، ولهذا لم يشرع[(١١)] فى التعزير بالتهمة قبل ثبوته ،

---

(١) فجعلا أكثر التعزير تسعة وثلاثون سوطًا.

(٢) أى ثمانون سوطًا.

(٣) فجعل أكثر التعزير تسعة وسبعون سوطًا.

(٤) المذكورة سابقًا.

(٥) قوله: "وهو [يعنى بلوغ التعزير خمسة وسبعين، قلت: غريب، و ذكره البغوى فى "شرح السنة" عن ابن أبى ليلى. ت] مأثور عن على" تأويل ما روى عنه أنه كان يعقد لكل خمسًا، فلما بلغ خمسًا وسبعين لم يعقد. (ك)

* راجع نصب الراية ج٣ ص٣٥٤، وانظر الدراية ج٢ ص١٠٧. (نعيم)

(٦) أى التقدير مفوض على رأى الإمام.

(٧) أى القاذف.

(٨) فيكون فيه أكثر الجلدات. (عناية)

(٩) فيكون فيه أقل الجلدات. (عناية)

(١٠) قوله: "وقد ورد الشرع به فى الجملة" وهو ما روى أن رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم حبس رجلا للتعزير. (ع)

(١١) قوله: "ولهذا لم يشرع إلخ" هذا لإيضاح أن الحبس يصلح للتعزير فيما يجب فيه التعزير أى لم

كما شرع فى الحد؛ لأنه من التعزير. قال: وأشد الضرب التعزير[١]؛ لأنه جرى التخفيف فيه من حيث العدد[٢]، فلا يخفّف من حيث الوصف؛ كى لا يؤدى إلى فوات المقصود[٣]، ولهذا لم يخفّف من حيث التفريق على الأعضاء.

قال: ثم حد الزنا؛ لأنه ثابت بالكتاب، وحد الشرب ثبت بقول الصحابة، ولأنه أعظم جناية حتى شرع فيه الرجم. ثم حد الشرب؛ لأن سببه[٤] متيقن به، ثم حد القذف؛ لأن سببه محتمل لاحتمال كونه[٥] صادقًا، ولأنه جرى فيه التغليظ من حيث رد الشهادة[٦]، فلا يغلّظ من حيث الوصف.

ومن حدّه الإمام، أو عزّره فمات، فدمه هدر؛ لأنه فعل ما فعل بأمر الشرع[٧]، وفعل المأمور لا يتقيد بشرط السلامة كالفصّاد والبزاغ[٨]،

يشرع الحبس بسبب التهمة فى الشىء الذى يوجب التعزير، حتى لو ثبت وتحقق قبل ثبوته، بأن شهد شاهدان مستوران على أنه قذف محصنا، فقال: يا فاسق! أو يا كافر! فلا يحبس المتهم قبل تعديل الشهود.

وفى فصل الحد بالتهمة يحبس؛ لأن فى باب الحد شىء آخر، وهو الحد فوق الحبس، فيجوز أن يحبس فى تهمته، وفى التعزير لا يحبس فى التهمة. (نهاية)

(١) قوله: "وأشد الضرب إلخ" اختلف المشايخ فى شدته، قال فى "شرح الطحاوى"، قال بعضهم: هو الجمع فى عضو تجمع الأسواط فى عضو واحد، ولا تفرق على الأعضاء، بخلاف سائر الحدود.

وقال بعضهم: شدته فى الضرب، لا فى الجمع، ولعل المصنف اختار هذا، كما يشير إليه قوله: ولهذا لم يخفف إلخ فإنه لو كان الشدة عنده عبارة عن عدم التفريق، لزمه توضيح الشىء بنفسه. (عناية)

(٢) حيث جعل أقل من الحد.

(٣) وهو الزجر. (ع)

(٤) أى الشرب.

(٥) القاذف.

(٦) فإنه يرد شهادة المحدود فى القذف، ولا تقبل أبدًا.

(٧) قوله: "لأنه فعل إلخ" ذكر مسألتين: إحداهما: مبنية على الأمر، والأخرى: على الإطلاق، والفرق بينهما أن الأمر لطلب المأمور به، وهو من الإثباتات، وهى لا تقبل التعليق بالشرط؛ لأنه يشبه القمار.

وأما الإطلاق فإسقاط؛ لكونه رفع القيد، وهو قابل للتعليق، فتقيد بوصف السلامة، ولأن الفعل المطلق فى

بخلاف الزوج[١] إذا عزّر زوجته؛ لأنه مطلق[٢] فيه، والإطلاقاتُ يتقيد بشرط السلامة كالمرور في الطريق[٣].

وقال الشافعي: تجب الدية[٤] في بيت المال؛ لأن الإتلافَ خطأ فيه؛ إذ التعزير للتأديب غير أنه تجب الدية في بيت المال؛ لأن نفع عمله يرجع إلى عامة المسلمين، فيكون الغُرم[٥] في مالهم.

قلنا[٦]: لما استوفى حق الله تعالى بأمره، صار كأنَّ الله أماته من غير واسطة، فلا يجب الضمان.

كتاب السّرقة[٧]

السرقة في اللغة: أخذ الشيء من الغير على سبيل الخفية والاستسرار،

اختيار الفاعل؛ لأنه حقه، فينبغي أن يتقيد بوصف السلامة؛ لأنه لا ضرورة في تركه. (عناية)

(٨) قوله: "كالفصاد والبزاغ" هو الذي يداوي الفرس، فإنه إذا مات الرجل بالفصد، أو مات الفرس بالبزغ، لا يجب عليهما شيء؛ لأنهما فعلا ما أمرا، فلا يتقيد بوصف السلامة. (عبد)

(١) قوله: "بخلاف الزوج إلخ" فإنها لو ماتت من ضربه لا يهدر دمها، بل يضمن؛ لأن تأديبه مباح، ترجع منفعته إليه، لا إليها، فيتقيد بشرط السلامة. وكذا لو أدب المعلم الصبي، فمات يضمن عندنا، وعند الأئمة الثلاثة لا يضمن الزوج، ولا المعلم في التعزير، ولا الأب في التأديب، ولا الجد، ولا الوصي إذا ضربه ضربا معتادا، وإلا يضمن بالإجماع، كذا قيل. (مجمع)

(٢) قوله: "لأنه مطلق" فإن قيل: يشكل على هذا ما لو جامع المرأة، فمات من جماعه، فلا ضمان عليه عند أبي حنيفة ومحمد، كما في "المحيط" مع أن الزوج استوفى نفسه. قلنا: إنما لم يجب الضمان هناك؛ لأن الضمان هو المهر، وقد وجب في ابتداء ذلك بالفعل، فلو وجبت الدية بموتها، كان فيه إيجاب الضمانين، وهو لا يجوز. (ك)

(٣) فإنه لو مر في الطريق، فأفسد شيئًا يضمن.

(٤) في صورة التعزير.

(٥) أي الضمان.

(٦) جواب عن استدلال الشافعي.

(٧) قوله: "كتاب السرقة" لما فرغ عن ذكر المزاجر المتعلقة بصيانة النفوس، شرع في ذكر المزاجر المتعلقة بصيانة الأموال. (عناية)

ومنه استراق السمع[١]، قال الله تعالى: ﴿إلا من استَرَق السمع[٢]﴾، وقد زيدت عليه أوصاف فى الشريعة[٣] على ما يأتيك بيانه، إن شاء الله تعالى. والمعنى اللغوى[٤] مراعى فيها ابتداء وانتهاء[٥]، أو ابتداء[٦] لا غير، كما إذا نُقب[٧] الجدار على الاستسرار، وأخذ المال من المالك مكابرة على الجهار[٨]، وفى الكبرى[٩] أعنى قطع الطريق مسارقة عين الإمام؛ لأنه هو المتصدى لحفظ الطريق بأعوانه، وفى الصغرى مسارقة عين المالك، أو من يقوم مقامه[١٠].

قال: وإذا سرق العاقل البالغ عشرة دراهم، أو ما يبلغ قيمته عشرة دراهم مضروبة من حرز[١١] لا شبهة فيه، وجب عليه القطع، والأصل فيه

(١) فإنه سمع كلام المتكلم فى حال غفلته. (ك)

(٢) أى استمع إليه على وجه الخفية. (عناية)

(٣) قوله: "أوصاف فى الشريعة" هى أن يقال: السرقة أخذ مال الغير على سبيل الخفية نصاباً محرزاً للتمول غير متسارع إليه الفساد من غير تأويل، ولا شبهة. (عناية)

(٤) أى الأخذ على سبيل الخفية. (عناية)

(٥) قوله: "ابتداء وانتهاء" هذا إذا سرق نهاراً، أو ابتداء لا غير، هذا فى سرقات الليل؛ لأن أكثر السرقات تصير فى الليل، وهو وقت لا يلحقه الغوث، فلو لم يكتفِ فيه بالخفيةابتداء، لامتنع القطع فى الأكثر. بخلاف ما إذا كان فى النهار؛ لأنه وقت يلحقه الغوث، فلا يصير مغالبة وقت الأخذ، كذا فى "الذخيرة". وفى "الحاوى": إذا كانت باب الدار مسدوداً، فدخلها السارق خفية قطع، ولو كان مفتوحاً، فدخل نهاراً، وسرق لا يقطع. (ك)

(٦) أى ابتداء فعل السرقة. (ن)

(٧) قوله: "كما إذا إلخ" نظير لما يكون معناه اللغوى فيه موجوداً وقت الابتداء دون الانتهاء، وترك نظير الأول لظهوره. (عناية)

(٨) قوله: "على الجهار" أى مقاتلة بسلاح، وكان القياس أن لا يقطع فيه؛ لأن ركن السرقة الأخذ على سبيل الخفية، وهى وإن وجدت وقت الدخول، لكنه لم يوجد وقت الأخذ، لكنهم استحسنوا، وقالوا: بوجوب الحد.(ع)

(٩) أى قطع الطريق، وإنما سميت كبرى؛ لأن فيه ضرراً عامّاً. (كفاية)

(١٠) كالمودع، أوالمستعير، أو الغاصب.

(١١) أى موضع الحفظ.

قوله تعالى: ﴿والسّارق والسارقة فاقطعوا أيديهما﴾ الآية، ولا بد من اعتبار العقل والبلوغ؛ لأن الجناية لا يتحقق دونهما[١]، والقطع جزاء الجناية، ولا بد من التقدير[٢] بالمال الخطير[٣]؛ لأن الرغبات تفتر فى الحقير، وكذا أخذه لا يخفى، فلا يتحقق ركنه، ولا حكمة الزجر؛ لأنها فيما يغلب، والتقدير بعشرة دراهم مذهبنا. وعند الشافعى التقدير بربع دينار، وعند مالك بثلاثة دراهم، لهما أن القطع على عهد رسول الله عليه الصلاة والسلام ما كان إلا فى ثمن المجن[٤]*، وأقل ما نقل[٥] فى تقديره ثلاثة دراهم، والأخذُ بالأقل، وهو المتيقن به أولى، غير أن الشافعى يقول: كانت قيمة الدينار على عهد رسول الله عليه الصلاة والسلام اثنى عشر درهمًا، والثلاثة ربعها[٦]. ولنا[٧] أن الأخذ بالأكثر فى هذا الباب

---

(١) فلا يقطع المجنون والصبى.

(٢) قوله: "ولا بد [هذا هوقول فقهاء الأمصار، وعند أصحاب الظواهر لا يعتبر النصاب. ن] من التقدير بالمال إلخ" لأن فى اسم السرقة ما ينبئ عن صفة الإحراز، وكونه شرطًا بالنص، والشرائط فى العقوبات يراعى وجودها على الكمال؛ لما فى النقصان من شبهة العدم، والإحراز إنما يتم فى المال الخطير دون القليل. (ن)

(٣) أى الكثير، وهو قدر النصاب. (ن)

(٤) بكسر الميم وتشديد النون: سپر. (ن)

* راجع نصب الراية ج٣ ص٣٥٥، والدراية ج٢، الحديث ٦٧٤ ص١٠٧. (نعيم)

(٥) قوله: "وأقل ما نقل إلخ" قلت: أخرجا عن عائشة لم تقطع يد السارق على عهد رسول الله ﷺ فى أقل من ثمن مجن، أو ترس. وأخرجا عن ابن عمر: «أن رسول الله ﷺ قطع سارقًا فى مجن قيمته ثلاثة دراهم»، وأخرجا مرفوعًا: «لا تقطع يد السارق إلا فى ربع دينار»، وفى "مسند أحمد" مرفوعًا: «اقطعوا فى ربع دينار ولا تقطعوا فى ما هو أدنى من ذلك»، وكان ذلك ربع الدينار يومئذٍ ثلاثة دراهم، والدينار اثنا عشر درهمًا. (ت)

(٦) فيقطع اليد بسرقة هذا القدر.

(٧) قوله: "ولنا إلخ" يرد عليه أنه كيف يكون الأخذ بالأكثر أولى مع ورود خبر قطع اليد فى المجن، والخبر مقدم على الرأى. وجوابه: أنا لا نقدم الرأى على الخبر، بل نقول: لما وقعت الشبهة –والحدود تدرأ بها– كان الأخذ بالأكثر أولى، وتوضيحه: أنه لا شك فى ثبوت قطع اليد فى المجن على عهد رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم، ومع ذلك فقد أخرج عبد الرزاق فى "مصنفه" عن ابن مسعود رضى الله عنه مرفوعًا: «لا

أولى احتيالا[١] لدرءِ الحد، وهذا لأن فى الأقل شبهةَ عدم الجناية، وهى دارئة للحد، وقد تأيّد ذلك[٢] بقوله عليه الصلاة والسلام: «لا قطع إلا فى دينار أو عشرة دراهم»* . واسم الدراهم[٣] يطلق على المضروبة عرفًا، فهذا[٤] يُبيّن لك اشتراط المضروب، كما قال فى الكتاب[٥]، وهو ظاهر الرواية، وهو الأصح[٦]؛ رعايةً لكمال الجناية[٧]، حتى لو سرق عشرةً تبرًا[٨] قيمتها أنقص من عشرة مضروبة لا يجب القطع، والمعتبر وزن

تقطع اليد إلا فى دينار أو عشرة دراهم»، ومثله روى الطبرانى وأحمد فى "مسنده" وإسحاق بن راهويه وابن أبى شيبة وغيرهم. وهذه الأحاديث وإن كان آحادها ضعيفة، لكن ضعفها زال بسبب التعاضد والاجتماع، فأورثت شبهةً فى أنه هل يقطع اليد فى أقل من عشرة دراهم، أم لا؟ فلذلك قلنا: لا تقطع إلا فى عشرة دراهم، لا أقل منه؛ اقتداء بقوله عليه الصلاة والسلام: «ادرأوا الحدود ما استطعتم فإن وجدتم للمسلم مخرجًا فخلوا سبيله فإن الإمام لأن يخطئ فى العفو خير له من أن يخطئ فى العقوبة»، أخرجه الحاكم والترمذى، وأخرج نحوه ابن عدى وغيره. وبهذا ظهر دفع ما أورد الشافعية علينا من أن حديث قطع المجن قوى مروى فى الصحاح، فلا يعارضه حديث «لا تقطع اليد إلا فى دينار» الحديث، فالعمل بحديث الصحاح أولى وأحسن.

وجه الدفع أن حديث القطع فى المجن وإن كان قويًا حاكمًا بالقطع فى أقل من عشرة دراهم، لكن الحديث الآخر وإن كان ضعيفًا أورث شبهة، والحدود تدفع حتى الوسع، فلذا قلنا بالأخذ بالأكثر: هذا ما عندى فى توضيح المقام، ولعل عند غيرى أحسن من هذا. (مولوى محمد عبد الحى نور الله مرقده)

(١) حيله ساختن.

(٢) أى ما ذكرنا من الأخذ بالأكثر.

* راجع نصب الراية ج٣ ص٣٥٥، والدراية ج٢، الحديث ٦٧٥ ص١٠٧. (نعيم)

(٣) قوله: "واسم الدراهم إلخ" أى اسم الدراهم يطلق على المضروبة فى عرف الناس، والمكسور لا تسمى دراهم فى عرفهم، وتكلم العلماء فى الدراهم هل تشترط مضروبة أم لا، ونقل المصنف لفظ القدورى بلفظ المضروبة، كما ذكر عن قريب. (بناية)

(٤) إشارة إلى قوله: واسم الدراهم إلخ. (ب)

(٥) أى القدورى. (ب)

(٦) قوله: "وهو الأصح" احترز به عن رواية الحسن عن أبى حنيفة أن المضروب وغير المضروب سواء، ذكره فى "المحيط". (ب)

(٧) قوله: "رعاية إلخ" هذا دليل الأصح يعنى فى شروط العقوبات يراعى وجودها على صفة الكمال، ولهذا شرطنا الجودة حتى لو سرق بنهرجة لا يجب القطع، ذكره فى "شرح الطحاوى"؛ لأن نقصان الوصف يوجب نقصان المالية. (بناية)

(٨) بالكسر أى القطعة المأخوذة من المعدن.(ب)

سبعة مثاقيل[١]؛ لأنه المتعارف فى عامة البلاد[٢].

وقوله: أو ما يبلغ قيمته عشرة دراهم؛ إشارة إلى أن غير الدراهم يعتبر قيمته بها، وإن كان ذهبًا[٣]، ولا بد من حرز لا شبهة فيه؛ لأن الشبهة دارئة[٤]، وسنبينه من بعد[٥]، إن شاء الله تعالى. قال: والعبد[٦] والحر فى القطع سواء؛ لأن النص[٧] لم يفصل، ولأن التنصيف[٨] متعذر فيتكامل؛ صيانةً لأموال الناس، ويجب[٩] القطع بإقراره مرة واحدة، وهذا عند أبى حنيفة ومحمد. وقال أبو يوسف: لا يقطع إلا بالإقرار مرتين، ويُروى عنه[١٠] أنهما فى مجلسين مختلفين؛ لأنه إحدى الحجتين[١١]، فتعتبر بالأخرى[١٢]، وهى البينة، كذلك[١٣] اعتبرنا فى الزنا.

---

(١) قد مر تحقيقه فى كتاب الزكاة.

(٢) وعلى هذا استقر الأمر فى ديوان عمر. (ب)

(٣) قوله: "وإن [الواو وصلية] كان ذهبًا" لا يقال: الذهب مذكور بقوله عليه الصلاة والسلام: «لا قطع إلا فى دينار أو عشرة دراهم»، لأنا نقول: قد ورد فى بعض الأخبار ذكر الدينار، ولم يشهر، وذكر شيخ الإسلام أن بذكر العشرة يظهر أن المراد بالدينار المتقوم بقيمة عشرة دراهم لا قيمة الوقت؛ لأن باعتبار الوقت قد يبلغ قيمة الدينار ثلاثين أو أربعين، فيضطرب فى التقدير كأنه قال: لا يقطع اليد، إلا فى ثلاثين، أو أربعين، أو عشرة دراهم، وبيان النصاب على هذا الوجه لا يستقيم. (كفاية)

(٤) أى دافعة للحد.

(٥) أى فى فصل الحرز. (ب)

(٦) قدم العبد لكونه أهم؛ لأن عدم التساوى إنما يتوهم من جهته. (عناية)

(٧) أى قوله تعالى: ﴿السارق والسارقة فاقطعوا أيديهما﴾ الآية.

(٨) بين حد الحر وحد العبد.

(٩) هذا لفظ القدورى. (ب)

(١٠) كذا ذكره أبو الليث، وذكر بشر رجوع أبى يوسف إلى قولهما. (ب)

(١١) أى البينة والإقرار. (ب)

(١٢) أى البينة.

ولهما أن السرقة قد ظهرت بالإقرار مرة، فيكتفى به كما فى القصاص، وحد القذف[١]، ولا اعتبار بالشهادة[٢]؛ لأن الزيادة تفيد فيها تقليلَ تهمة الكذب، ولا تفيد فى الإقرار شيئًا؛ لأنه لا تهمة، وباب الرجوع[٣] فى حق الحد لا ينسد بالتكرار. والرجوع فى حق المال لا يصح أصلا؛ لأن صاحب المال يُكذبه، واشتراط الزيادة فى الزنا[٤] بخلاف القياس، فيقتصر على مورد الشرع. قال[٥]: ويجب بشهادة شاهدين[٦]؛ لتحقق الظهور كما فى سائر الحقوق، وينبغى أن يسألهما الإمام عن كيفية السرقة[٧]، وماهيتها[٨]، وزمانها[٩]، ومكانها[١٠]؛ لزيادة الاحتياط، كما مر فى الحدود، ويحبسه[١١] إلى أن يسأل عن الشهود للتهمة.

قال[١٢]: وإذا اشترك جماعة فى سرقةٍ، فأصاب كل واحد منهم عشرة

---

(١٣) قوله: "كذلك الخ "حيث شرطنا فيه الإقرار أربع مرات؛ لأن البينة هناك أربع. (ب)

(١) قوله: "كما فى حد القصاص، وحد القذف" فإن الإقرار فيهما يكفى مرة واحدة. (بناية)

(٢) جواب عن قياس الإقرار على البينة. (ب)

(٣) قوله: "وباب الرجوع [عن الإقرار] إلخ" جواب عما يقال: إنما يشترط التكرار لقطع احتمال الرجوع عن إقراره، واحتمال أن يثبت عليه، فيؤكد قبوله بالتكرار. (بناية)

(٤) جواب عن قوله: كذلك اعتبرنا بالزنا. (ب)

(٥) أى القدورى. (ب)

(٦) لا خلاف فيه لأهل العلم. (ب)

(٧) قوله: "عن كيفية السرقة" فيقول له: كيف سرقت لاحتمال أنه نقب البيت، وأدخل يده، وأخرج المتاع، فإنه لا يقطع فيه عند محمد وأبى حنيفة رحمهما الله. (ع)

(٨) قوله: "وماهيتها" لجواز أن يكون المأخوذ شيئًا تافهًا، فلا يقطع.(عناية)

(٩) قوله: "وزمانها" لاحتمال التقادم، فإن بالتقادم فى الحدود الخالصة لله تعالى يبطل الشهادة. (ب)

(١٠) قوله: "ومكانها" لجواز أن يكون سرق من غير حرز، فلا يقام عليه القطع. (ك)

(١١) بالنصب عطف على يسأل. (ب)

(١٢) أى القدورى. (ب)

دراهم قطع[١]، وإن أصابه أقل لا يقطع؛ لأن الموجب سرقة النصاب، ويجبُ على كل واحدٍ منهم بجنايته، فيعتبر كمال النصاب في حقه[٢].

باب ما يقطع فيه وما لا يقطع[٣]

ولا يقطع فيما يوجد تافها[٤] مباحًا في دار الإسلام[٥] كالخشب[٦] والحشيش[٧] والقَصَب[٨] والسّمك[٩] والطير والصيد والزرنيخ[١٠] والمغرة[١١] والنورة[١٢]. والأصل فيه حديث عائشة[١٣] قالت: كانت اليد لا تقطع على عهد رسول الله عليه الصلاة والسلام في الشيء التافه* أي[١٤] الحقير، وما يوجد جنسه مباحًا في الأصل بصورته[١٥] غير مرغوب

(١) قوله: "قطع" استشكل بما إذا قتل جماعة رجلا واحدًا، فإنهم يقتلون كلهم، وإن لم يوجد من كل واحد منهم القتل، وأجيب بأن القصاص يتعلق بإخراج الروح، وهولايتجزأ، فيضاف إلى كل واحدمنهم كملا.(ع)

(٢) قوله: "فيعتبر كمال النصاب في حقه" هذا إذا لم يكن بين الجماعة صبي، أو مجنون، أو ذو رحم محرم من صاحب المال، فإن كان، فلا قطع. (بناية)

(٣) قوله: "باب ما يقطع فيه وما لا يقطع" لما ذكر تفسير السرقة وشرطها وما يتعلق بها، ذكر في هذا الباب تعداد المسروق الذي يوجب القطع وما لا يوجبه. (نهاية)

(٤) بالتاء المثناة من فوق وبالفاء. (ب)

(٥) قوله: "في دار الإسلام" قيد به؛ لأن الأموال كلها على الإباحة في دار الحرب.(بناية)

(٦) هيزم خشک.

(٧) گیاه.

(٨) بفتحتين نے ومانند آن. (غث)

(٩) ماهی آبی.

(١٠) قوله: "والزرنيخ" بكسر زاى معجمة وبعده نون وياء وخاء معجمة دواى معروف كه آن را بهندى هرتال گويند از "بحر الجواهر" و "كشف". (غياث)

(١١) قوله: "والمغرة" بالفتحات الثلاث: الطين الأحمر، وتسكين الغين لغة فيه. (عناية)

(١٢) بالفتح چونه قلعى وضم مشهور است. (م)

(١٣) أخرجه ابن أبي شيبة. (ت)

* راجع نصب الراية ج٣ ص٣٦٠، والدراية ج٢، الحديث ٦٧٦ ص١٠٩. (نعيم)

(١٤) تفسير من المصنف. (ب)

فيه[1] حقير[2] تقلّ الرغبات فيه، والطباعُ لا تضْن[3] به، فقلما[4] يوجد آخذه على كره[5] من المالك، فلا حاجة إلى شرع الزاجر[6]، ولهذا لم يجب القطع في سرقة ما دون النصاب، ولأن الحرز فيها[7] ناقص، ألا يرى أن الخشب تُلْقى على الأبواب، وإنما يُدخل في الدار للعمارة؛ لا للإحراز[8]، والطير يطير[9]، والصيد يفرّ، وكذا الشركة العامة التي كانت فيه[10]، وهو على تلك الصفة تورث الشبهة[11]، والحد يندرئ بها، ويدخل في السمك المالحُ والطري[12]، وفي الطير[13] الدجاجُ والبط والحمام؛ لما ذكرنا، ولإطلاق قوله عليه السلام[14]: «لا قطع في الطير»*.

---

(١٥) قوله: "بصورته" احتراز عن الأبواب المتخذة والأواني من الخشب والحصير البغدادي، فإن في سرقتها القطع، وإن كان أصلها من الخشب، والحصير يوجد مباحا لتغيرها عن صورتها. (نهاية)

(١) قوله: "غير [منصوب على أنه حال.ب] مرغوب فيه" احتراز عما ذكرنا من الذهب والفضة واللؤلؤ والجواهر، فإنها توجد مباحة في دار الإسلام، ولكن هي مرغوب فيها. (نهاية)

(٢) خبر لقوله: ما يوجد.

(٣) أي لا تبخل بفتح الضاد وهو الأصل، وجاء بالكسر أيضًا. (ع)

(٤) قوله: "فقلما" ما موصولة على ما نقله المطرزي في "المغرب" لكن ابن دستويه لم يجوز أن يوصل شيء من الأفعال بما سوى نعم وبئس. (بناية)

(٥) بالضم والفتح نعتان. (ب)

(٦) لأن أخذها حقيقة برضى المالك. (ب)

(٧) أي في الأشياء المذكورة.

(٨) قوله: "لا للإحراز" وأما الآبنوس والساج فيقطع فيهما؛ لأن العادة جارية بإحرازهما، وكذلك في الخشب المعمول. (بناية)

(٩) أي فلا حاجة إلى شرع الزواجر. (عناية)

(١٠) لحديث: «الصيد لمن أخذ». (ب)

(١١) أي شبهة الإباحة.(عناية)

(١٢) أي في إطلاق القدوري لفظ السمك. (ب)

(١٣) قوله: "وفي الطير" أي يدخل في إطلاق القدوري لفظ الطير الدجاج والبط والحمام؛ لما ذكر من قوله: والطير يطير، والصيد يفر، وفي "الجامع الصغير": رجل سرق طيرًا قيمته عشرة دراهم لايقطع. (ب)

(١٤) غريب مرفوعًا، وأخرجه ابن أبي شيبة موقوفًا على عثمان. (ت)

وعن أبى يوسف أنه يجب القطع فى كل شىء إلا الطين والتراب والسرقين، وهو قول الشافعى، والحجة عليه ما ذكرنا[(١)].

قال[(٢)]: ولا قطع فيما يتسارع إليه الفساد كاللبن واللحم والفواكه الرطبة؛ لقوله عليه السلام[(٣)]: «لا قطع فى ثمر ولا كثر»*، والكثر[(٤)] الجمار، وقيل: الوَدِىُّ، وقال عليه السلام: «لا قطع فى الطعام»[(٥)]**، والمراد -والله أعلم- ما يتسارع إليه الفساد كالمهيأ[(٦)] للأكل منه، وما فى معناه كاللحم والثمر؛ لأنه يقطع فى الحنطة والسكر إجماعًا. وقال الشافعى يقطع فيها[(٧)]؛ لقوله عليه السّلام: «لا قطع فى ثمر ولا كثر فإذا آواه الجرين[(٨)] أو الجران[(٩)] قطع»***.

---

* راجع نصب الراية ج٣ ص٣٦٠، والدراية ج٢، الحديث ٦٧٧ ص١٠٩. (نعيم)

(١) من حديث عائشة.

(٢) أى القدورى. (ب)

(٣) أخرجه الترمذى. (ت)

* راجع نصب الراية ج٣ ص٣٦١، والدراية ج٢، الحديث ٦٧٨ ص١٠٩. (نعيم)

(٤) قوله: "والكثر" بفتح الكاف والثاء المثلثة والجمار بضم الجيم وتشديد الميم فى آخره راء مهملة، قال الجوهرى: شحم النخل، والودى بفتح الواو وكسر الدال المهملة وتشديد الياء هو السيل أى صغار النخل، وقال الإنزارى: تفسير الجمار بالودى لم يثبت فى قوانين اللغة. (ب)

(٥) غريب بهذا اللفظ ونحوه فى "مراسيل أبى داود". (ت)

** راجع نصب الراية ج٣ ص٣٦٢، والدراية ج٢، الحديث ٦٧٩ ص١٠٩. (نعيم)

(٦) أى المجهز له.(ب)

(٧) أى فى الأشياء المذكورة. (ب)

(٨) قوله: "فإذا آواه الجرين إلخ" غريب بهذا اللفظ، وروى مالك مرفوعًا: «لا قطع فى ثمر معلق فإذا آواه الجرين فالقطع فى ما بلغ ثمن المجن»، والجرين بفتح الجيم: الموضع الذى يلقى فيه التمر الرطب ليجف، وجمعه جرن. (بناية)

(٩) قوله: "أو الجران" هو مقدم عنق البعير من مذبحه إلى منحره، فجاز أن يسمى الجران المتخذ منه، ويجوز أن يكون الشك من الراوى. (عناية)

قلنا: أخرجه على وفاق العادة، والذى يؤويه الجرين فى عادتهم هو اليابس من الثمر، وفيه القطع.

قال[١]: ولا قطع فى الفاكهة على الشجر، والزرع الذى لم يحصد؛ لعدم الإحراز، ولا يقطع فى الأشربة المطربة[٢]؛ لأن السارق يتأوّل فى تناولها الإراقة[٣]، ولأن بعضها[٤] ليس بمال، وفى مالية بعضها اختلاف[٥]، فيتحقق شبهة عدم المالية. قال: ولا فى الطنبور[٦]؛ لأنه من المعازف[٧]، ولا فى سرقة المصحف، وإن[٨] كان عليه حُلية، وقال الشافعى: يقطع؛ لأنه مال متقوم[٩] حتى يجوزبيعه. وعن أبى يوسف مثله[١٠]، وعنه أيضًا أنه يقطع إذا بلغت الحلية نصابًا؛ لأنها[١١] ليست من المصحف، فيعتبر بانفرادها.

*** راجع نصب الراية ج٣ ص٣٦٢، والدراية ج٢، الحديث ٦٨٠ ص١٠٩. (نعيم)

(١) أى القدورى. (ب)

(٢) قوله: "فى الأشربة المطربة" أى المسكرة، فإنه ذكر فى "الصحاح" أن الطرب خفة فى العقل تصيب الإنسان بشدة حزن، أو سرور، وفسر السكر فى أصول الفقه بأنه غلبة سرور فى العقل، فالتقيا فى معنى السرور، فاستعير الإطراب للسكر. والدليل على ما ذكرنا من أن المراد بالمطربة المسكرة صريح ما ذكره التمرتاشى بقوله: «ولا قطع فى الأشربة المسكرة»، ثم إنما قيد الأشربة ههنا بالإطراب؛ لما ذكر فى "الإيضاح" أنه يقطع فى الخل؛ لأنه ليس مما يتسارع إليه الفساد. (نهاية)

(٣) أى يقول: إنى أخذتها للإراقة؛ لكونها مسكرة محرمة.

(٤) كالخمر. (ع)

(٥) قوله: "اختلاف" كالمنصف والبازق وماء الذرة والشعير؛ لأنها عند أبى حنيفة متقومة، خلافًا لهما. (ع)

(٦) وكذا ما أشبه من الملاهى. (ب)

(٧) جمع معزف أى آلة اللهو.

(٨) الواو وصلية.

(٩) لأنه يباع ويشترى.

(١٠) أى مثل ما روى عن الشافعى.

(١١) أى الحلية.

ووجه الظاهر[١] أن الآخذ يتأول فى أخذه القراءةَ والنظر فيه، ولأنه لا مالية له على اعتبار المكتوب وإحرازُه لأجله، لا للجلد[٢] والأوراق والحلية، وإنما هى[٣] توابع، ولا معتبر بالتبع[٤] كمن سرق آنية فيها خمر[٥]، وقيمة الآنية تربو[٦] على النصاب.

ولا قطع فى أبواب المسجد؛ لعدم الإحراز، فصار كباب الدار[٧]، بل أولى؛ لأنه يحرز بباب الدار ما فيها، ولا يحرز بباب المسجد ما فيه حتى لا يجب القطع بسرقة متاعه[٨]. قال[٩]: ولا الصليب[١٠] من الذهب[١١]، ولا الشطرنج[١٢]، ولا النرد[١٣]؛ لأنه يتأول من أخذها الكسر نهيًا عن المنكر، بخلاف الدرهم الذى عليه التمثال؛ لأنه ما أعد للعبادة[١٤]،

(١) أى ظاهر الرواية وهو عدم القطع. (ب)

(٢) بالكسر پوست.

(٣) أى الجلد والأوراق والحلية.

(٤) قوله: "ولا معتبر بالتبع" فكان هذا مثل ما ذكره فى "المبسوط" من أنه لو سرق صبيًا حرًا، وعليه حلى كثير، فقال: إنه لا يقطع، ألا ترى أنه لو سرق ثوبًا لا يبلغ قيمته عشرة دراهم، فوجد فى جيبه عشرة دراهم لا يقطع. (بناية)

(٥) فلا قطع فيه؛ لأن المقصود ليس بنصاب. (ب)

(٦) أى يزيد.

(٧) قوله: "فصار كباب الدار" قال الكاكى: هذا قياس المختلف على المختلف، والتعليل العام عندنا أن الأبواب لا تكون محرزة عادة؛ لأنه يحرز بها. (بناية)

(٨) أى متاع المسجد. (ب)

(٩) أى القدورى. (ب)

(١٠) قوله: "ولا الصليب" هو شىء مثلث يعبده النصارى. (بناية)

(١١) وكذا من سائر المعدنيات. (ب)

(١٢) بالكسر.

(١٣) بفتح النون والراء وبالدال المهملة اسم عجمى معروف. (ب)

(١٤) ولا للهو، فيجب القطع. (ب)

فلا يثبت شبهة إباحة الكسر . وعن أبي يوسف أنه إن كان الصليب في المصلى[١] لا يقطع لعدم الحرز ، وإن كان في بيت آخر يقطع لكمال المالية والحرز . ولا قطع على سارق الصبي الحر ، وإن كان عليه حلي[٢] ؛ لأن الحر ليس بمال ، وما عليه من الحَلْي تبع له[٣] ، ولأنه يتأوّل في أخذه الصبيَ إسكاته[٤] ، أو حملَه إلى مرضعتِه .

وقال أبو يوسف : يقطع إذا كان عليه حلي هو نصاب ؛ لأنه يجب القطع بسرقته وحده ، فكذا مع غيره[٥] ، وعلى هذا[٦] إذا سرق إناء فضةٍ فيه نبيذ ، أو ثريد[٧] ، والخلاف في صبي لا يمشي ، ولا يتكلم كي لا يكون في يد نفسه[٨] . ولا قطع في سرقة العبد الكبير ؛ لأنه غصب أو خداع[٩] ، ويقطع في سرقة العبد الصغير ؛ لتحققها[١٠] بحدها إلا[١١] إذا كان[١٢] يعبّر

---

(١) أي في موضع صلاة النصارى. (ب)

(٢) قوله: "وإن كان عليه حلي" بفتح الحاء وكسر اللام على وزن ظبي هو كل ما ليس من ذهب، أو فضة، أو جوهر، وجمعه حلي بضم الحاء وكسر اللام وتشديد الياء، ويجوز كسر الحاء أيضاً. (بناية)

(٣) قوله: "تبع له" لا يقال: يجوز أن يكون مقصوده هو الحلي، فلا يكون تابعا؛ لأنا نقول: لو كان كذلك لأخذ الحلي وترك الصبي. (ع)

(٤) بأن رآه يبكي. (ب)

(٥) قوله: "فكذا مع غيره" ومعناه سرق ما يجب فيه القطع وما لا يجب، وضم ما لا يجب فيه القطع إلى ما يجب فيه لا يسقط القطع. (ع)

(٦) قوله: "وعلى هذا [أي الخلاف المذكور]" فعند أبي يوسف: يقطع إذا بلغ نصابا، وبه قال الشافعي وأحمد، وعند أبي حنيفة ومحمد: لا يقطع؛ لأن الإناء تبع للمظروف، وهو المقصود بالأخذ. (بناية)

(٧) بالثاء المثلثة. (ب)

(٨) قوله: "كي لا يكون في يد نفسه" حتّى لو كان يتكلم ويمشي لا يقطع سارقه إجماعًا؛ لأنه في يد نفسه، كذا في "المحيط". (بناية)

(٩) قوله: "أو خداع" بأن يقول له: أعمل معك كذا وكذا، فانخدع لذلك. (بناية)

(١٠) أي لتحقق السرقة بحدّها.

(١١) استثناء من قوله: يقطع في سرقة الصغير.

عن نفسه؛ لأنه هو والبالغ سواء فى اعتبار يده. وقال أبو يوسف: لا يقطع و إن[١] كان صغيراً لايعقل ولا يتكلم استحساناً؛ لأنه آدمى من وجه، مال من وجه. ولهما[٢] أنه مال مطلق؛ لكونه منتفعًا به[٣]، أو بعُرض أن يصير منتفعا به إلا أنه انضم إليه معنى الآدمية[٤]. ولا قطع فى الدفاتر[٥] كلها؛ لأن المقصود ما فيها، وذلك ليس بمال إلا فى دفاتر الحساب[٦]؛ لأن ما فيها لا يقصد بالأخذ، فكان المقصود هو الكواغذ[٧].

قال: ولا فى سرقة كلب ولا فَهْدٍ؛ لأن من جنسهما يوجد مباح الأصل غير مرغوب فيه[٨]، ولأن الاختلاف[٩] بين العلماء ظاهر فى مالية الكلب، فأورث شبهةً. ولا قطع فى دف[١٠]، ولا طبل[١١]، ولا بربط[١٢]،

---

(١٢) أى العبد الصغير.

(١) الواو وصلية.

(٢) قوله: "ولهما" أى لأبى حنيفة ومحمد أن العبد الصغير مال مطلق، وبانضمام معنى الآدمية معنى المالكية، ألا يرى أن بيعه صحيح، ولا صحة له إلا باعتبار المالية، كذا فى "الكافى". (إله داد)

(٣) بالفعل.

(٤) قوله: "إلا أنه انضم إليه معنى الآدمية" قلت: سلمنا أن انضمامه لا يزول به معنى المالكية، لكن لا شك أن معنى الآدمية معتبر فيه، بل الأصل هو الآدمية، فينبغى أن لا يجب القطع؛ لوجود الشبهة. (إله داد)

(٥) قوله: "فى الدفاتر" جمع دفتر وهى الكراريس، ولا قطع فيها، سواء كانت من التفسير، أو الحديث، أو الفقه. (عناية)

(٦) قوله: "إلا فى دفاتر الحساب" كلامه يشعر بأن دفاتر الأشعار كدفاتر الفقه فى عدم وجوب القطع؛ لكونها محتاجًا إليها لمعرفة اللغة، ومعانى القرآن والحاجة. (عناية)

(٧) وهو مال متقوم. (ع)

(٨) فلا يجب فيه القطع.

(٩) فإن من قال: إنه نجس العين، قال: إنه ليس بمال متقوم كالخنزير، ومن قال: خلافه، قال: خلافه.

(١٠) قوله: "دف [بتشديد الفاء. غث]" بضم الدال وفتحها، الذى يلعب به، وهو نوعان مدور ومربع، والمراد بالطبل طبل اللهو، وأما طبل الغزاة، فقد اختلف فيه المشايخ، واختار الصدر الشهيد عدم وجوب القطع.(ع)

(١١) قوله "طبل" بفتح أول وسكون باء موحدةنقارة كلان وبفتحتين چنانكه شهرت يافته است غلط است.(غث)

ولا مزمار[١]؛ لأن عندهما لا قيمة لها[٢]، وعند أبي حنيفة آخذها يتأول الكسر فيها. ويقطع في الساج[٣] والقنا والآبنوس[٤] والصندل[٥]؛ لأنها أموال محرزة؛ لكونها عزيزة عند الناس، ولا توجد بصورتها مباحة في دار الإسلام[٦]. قال[٧]: ويقطع في الفصوص الخضر[٨] والياقوت[٩] والزبرجد؛ لأنها من أعز الأموال وأنفسها لا توجد مباح الأصل بصورتها في دار الإسلام غير مرغوب فيها، فصارت كالذهب والفضة[١٠]. وإذا اتخذ من الخشب أواني وأبواب قطع فيها؛ لأنه بالصنعة التحق بالأموال النفيسة، ألا ترى أنها تحرز بخلاف الحصير[١١]؛ لأن الصنعة

(١٢) قوله: "ولا بربط" بالفتح سازى است معروف كه آن را عود نيز گويند معرب بربط سينه بط زيراكه شبيه است بدان. (منتخب اللغات)

(١) بالكسر ناى. (غث)

(٢) ولهذا لا يجب االضمان على من استهلكها.

(٣) قوله: "في الساج" ألفه منقلبة من الواو، وأصله سوج بفتحتين، وهو شجر عظيم جداً، قالوا: لا ينبت إلا ببلاد الهند، والقنا بالكسر جمع قناة هي خشبة الرمح، كذا في "الديوان" و "المغرب"، والآبنوس بفتح الباء، هكذا سمعت ووجدت بخط شيخي، وهو معروف. (نهاية)

(٤) بمد الهمزة. (ع)

(٥) بالفتح خشب أحمر، أو أصفر طيب الرائحة. (ب)

(٦) قوله: "في دار الإسلام" نعم توجد مباحة في دار الحرب، فلا يكون ذلك شبهة في سقوط القطع. (بناية)

(٧) أي محمد في "الجامع الصغير". (بناية)

(٨) بالضم جمع الأخضر.

(٩) قوله: "والياقوت" هو من أعز الأحجار، وهو أحمر وأصفر وأخضر، وأعزها الأحمر، وأما الزبرجد: فهو حجر أخضر تفوق الياقوت، والياقوت الأخضر ليس منه منفعة إلا حسن المنظر. (بناية)

(١٠) فيقطع فيها كما يقطع فيهما.

(١١) قوله: "بخلاف الحصير إلخ" ذكر الفرق في "المحيط" بين العمل المتصل بالخشب، وبين العمل المتصل بالحشيش، والقصب والبواري حيث لا يقطع في سرقة هذه الأشياء، وإن كانت معلومة بلغت قيمتها نصاب السرقة بأن الصنعة في الحشيش والقصب لا يغلب على الأصل، ألا ترى أنه لا تتضاعف قيمته بسبب الصنعة، بخلاف الخشب إذا عمل. (نهاية)

فيه لم تغلب على الجنس حتى يُبسط في غير الحرز، وفي الحصر البغدادية قالوا[١]: يجب القطع[٢] في سرقتها لغلبة الصنعة على الأصل، وإنما يجب القطع في غير المركب[٣]، وإنما يجب إذا كان خفيفًا لا يثقل على الواحد حملُه؛ لأن الثقيل منه لا يرغب في سرقته[٤]. ولا قطع على خائن[٥] ولا خائنة[٦]؛ لقصور في الحرز، ولا منتهبٍ، ولا مختلسٍ؛ لأنه يُجاهر[٧] بفعله كيف، وقد قال النبي عليه السلام[٨]: «لا قطع في مختلس ولا منتهب ولا خائن»*، ولا قطع على النبّاش[٩]، وهذا عند أبي حنيفة ومحمد. وقال أبو يوسف والشافعي: عليه القطع؛ لقوله عليه السلام[١٠]: «من نبش قطعناه»**، ولأنه مال متقوم محرز بحرز[١١]

---

(١) أي في الباب غير المركب. (ب)

(٢) وكذلك الحصر المصرية. (ب)

(٣) قوله: "في غير المركب [أي بالجدار. ك]" أي إنما يجب القطع في سرقة الباب إذا كانت محرزة في البيت غير معلقة بالجدار، فإنها إذا كانت معلقة لا يجب القطع لوجود الشبهة لعدم الحرز. (كفاية)

(٤) قوله: "لا يرغب في سرقته" قال الإنزاري: فيه نظر؛ لأن عدم الرغبة في سرقته بواسطة الثقل لا يورث نقصانًا في المالية، ولا في الحرز، ولهذا لم يفرق الحاكم بين الثقيل والخفيف، ولذا أطلقوا الرواية في شروح "الجامع الصغير". (بناية)

(٥) قوله: "ولا قطع على خائن إلخ" الخيانة أن يخون المودع ما في يده من الشيء المأمون، والانتهاب: أن يأخذ على العلانية قهراً، والاختلاس: أن يأخذ من البيت جهراً بسرعة. (ع)

(٦) أي في الباب، غير المركب.

(٧) فلا يصدق عليه تعريف السرقة.

(٨) أخرجه أصحاب السنن الأربعة. (ت)

* راجع نصب الراية ج٣ ص٣٦٣، والدراية ج٢، الحديث ٦٨١ ص١١٠. (نعيم)

(٩) قوله: "ولا قطع على النباش [الذي ينبش القبور، ويأخذ الكفن. ب]" ختلف الصحابة فيه، فقال عمر وعائشة وابن مسعود وابن الزبير: بوجوب القطع عليه، وقال ابن عباس: لا قطع عليه. (عناية)

(١٠) أخرجه البيهقي مرفوعًا. (ت)

** راجع نصب الراية ج٣ ص٣٦٦، والدراية ج٢، الحديث ٦٨٢ ص١١٠. (نعيم)

مثله[(١)]، فيقطع فيه. ولهما: قوله عليه السلام: «لا قطع على المختفي[(٢)]»*، وهو النباش[(٣)] بلغة أهل المدينة، ولأن الشبهة تمكنت في الملك؛ لأنه لا ملك للميت حقيقة، ولا للوارث لتقدم حاجة الميت[(٤)]، وقد تمكّن الخلل في المقصود، وهو الانزجار؛ لأن الجناية في نفسها نادرة الوجود. وما رواه غير مرفوع[(٥)]، أو هو محمول على السياسة[(٦)]، وإن كان القبر في بيت مقفل[(٧)]، فهو على الخلاف[(٨)] في الصحيح[(٩)]؛ لما قلنا[(١٠)]، وكذا[(١١)] إذا سرق من تابوت في القافلة، وفيه الميت؛ لما بينا[(١٢)].

---

(١١) بالجر. (ن)

(١) كما أن الإصطبل حرز للدواب. (ب)

(٢) قوله: "لا قطع على المختفي" غريب لا أصل له، وروى ابن أبي شيبة عن ابن عباس موقوفًا: «ليس على النباش قطع». (ب)

* راجع نصب الراية ج٣ ص٣٦٧، والدراية ج٢، الحديث ٦٨٣ ص١١٠. (نعيم)

(٣) كذا ذكره في "مجمل اللغة". (ب)

(٤) ألا ترى إلى أن القدر المشغول لحاجة الميت بعد الكفن، وهو الذي لا يصير ملكًا للوارث فالكفن أولى. (ن)

(٥) قوله: "وما رواه [جواب عن استدلال أبي يوسف والشافعي] غير مرفوع" قد ذكرنا أن الحديث الذي استدل به أبو حنيفة ومحمد غريب لا أصل له، وما استدل به أبو يوسف والشافعي مرفوع، فهو أقرب. (ب)

(٦) قوله: "أو هو محمول على السياسة" لأنه أضافه إلى نفسه، ولو كان بطريق القصاص لما أضافه إلى نفسه، بل أضافه إلى الولي. (بناية)

(٧) قوله: "في بيت مقفل" قال الكاكي: يقال: أقفل الباب، وقفل الأبواب مثل أغلق، وغلق، ذكره في "الصحاح". (بناية)

(٨) أي لا يقطع عندهما خلافًا لأبي يوسف.

(٩) قوله: "في الصحيح" احترازًا عما قيل: إنه يقطع، وقال السرخسي في "المبسوط": الأصح عندي أنه لا يقطع. (نهاية)

(١٠) قوله: "لما قلنا" من الحديث المذكور، والدليل المعقول. (ب)

(١١) أي على الخلاف.

(١٢) من الحديث والدليل.

ولا يقطع السارق من بيت المال؛ لأنه مال العامة، وهو منهم[(١)]؛ ولا من مال للسارق فيه شركة؛ لما قلنا[(٢)]. ومن له على آخر دراهم، فسرق منه مثلها لم يقطع؛ لأنه استيفاء لحقه، والحال والمؤجل فيه[(٣)] سواء استحسانًا[(٤)]؛ لأن التأجيل[(٥)] لتأخر المطالبة، وكذا[(٦)] إذا سرق زيادة على حقه؛ لأنه بمقدار حقه يصير شريكًا فيه[(٧)]، وإن سرق منه عروضًا قطع؛ لأنه ليس له[(٨)] ولاية الاستيفاء منه إلا بيعًا بالتراضي. وعن أبي يوسف أنه لا يقطع[(٩)]؛ لأن له أن يأخذه عند بعض العلماء[(١٠)] قضاء من حقه، أو رهنًا بحقه. قلنا: هذا قول لا يستند إلى دليل ظاهر[(١١)]، فلا يعتبر بدون اتصال الدعوى به حتى لو ادعى[(١٢)] ذلك[(١٣)] دُرِئ عنه الحد؛ لأنه ظن في موضع

(١) فيكون له فيه حق، فيسقط القطع للشبهة. (ب)

(٢) إشارة إلى أن للسارق فيه حقًا. (ع)

(٣) أي عدم القطع. (ك)

(٤) قوله: "استحسانًا" لوجود الشبهة، ويقطع قياسًا في المؤجل لتأخير المطالبة، وعند الشافعي إن كان الغريم مماطلا لا يقطع، وإلا يقطع، وبه قال أحمد ومالك. (بناية)

(٥) قوله: "لأن التأجيل لتأخير المطالبة" فيه إشارة إلى أن أخذ الدين المؤجل قبل حلول الأجل استيفاء لعين الحق، ولكن أشار في الصلح إلى أنه ليس باستيفاء لعين حقه، بل هو معاوضة. (د)

(٦) أي لا يقطع.

(٧) فيقع الشبهة.

(٨) قوله: "لأنه ليس له إلخ" أي ليس للدائن الاستيفاء من المديون خلاف جنس حقه إلا من حيث البيع بالتراضي، ولهذا إذا سلم إليه المديون له أن يمتنع من ذلك، بخلاف تسليم الدراهم حيث يجبر. (بناية)

(٩) في صورة سرقة العروض.

(١٠) قوله: "عند بعض العلماء" وهو ابن أبي ليلى، فإنه يقول: وإن ظهر بخلاف جنسه كان له أخذه قضاء لحقه؛ لوجود المجانسة باعتبار المالية. (نهاية)

(١١) قوله: "لا يستند إلى دليل ظاهر" إذ القياس أن لا يأخذ جنس حقه في الدين الحال؛ لأن حقه في الوصف بالحقيقة، وهذاعين، لكنا تركناه فيه لقلة التفاوت بينهما، ولا كذلك خلاف الجنس؛ لفحش التفاوت، فلا يترك القياس. (عناية)

(١٢) أي ذلك السارق الآخذ عروضًا.

الخلاف[١]، ولو كان حقه دراهم، فسرق منه دنانير، قيل[٢]: يقطع؛ لأنه ليس له حق الأخذ، وقيل: لا يقطع[٣]؛ لأن النقود جنس واحد.

ومن سرق عينًا فقُطع فيها فردّها[٤]، ثم عاد فسرقها، و هي[٥] بحالها لم يقطع[٦] والقياس أن يقطع[٧]، وهورواية عن أبى يوسف وهوقول الشافعى لقوله عليه السلام[٨]: «فإن عاد فاقطعوه من غير فصل[٩]»*، ولأن الثانية متكاملة كالأولى[١٠]، بل أقبح لتقدم الزاجر[١١]، وصار كما إذا باعه المالك من السارق، ثم اشتراه منه، ثم كانت السرقة[١٢]. ولنا أن القطع أوجَبَ سقوطَ عصمةِ المحل على ما يُعرف من بعد[١٣]، إن شاء الله تعالى،

(١٣) أى أنه أخذه قضاء لحقه، أو رهنا به. (ك)

(١) قوله: "لأنه ظن فى موضع الخلاف" لأن فعله فى موضع الاجتهاد، ولا ينفك عن شبهته، وإن كان هو مخطئًا فى التأويل عند الحنفية. (عناية)

(٢) كذا ذكره القدورى فى شرحه. (ك)

(٣) قوله: "لا يقطع [ثانيًا]" وهو اختيار شمس الأئمة، وهو الصحيح؛ لأن النقود فى حكم جنس واحد، ولهذا يكمل أحدهما بالآخر فى باب الزكاة.(كفاية)

(٤) أى العين المسروقة إلى مالكها.(ب)

(٥) الواو حالية.

(٦) ثانيًا.

(٧) ثانيًا.

(٨) أخرجه أبو داود والدارقطنى.(ت)

(٩) أى بين تبدل العين وعدمه. (ب)

* راجع نصب الراية ج٣ ص٣٦٨، والدرايةج٢، الحديث ٦٨٤ص١١٠. (نعيم)

(١٠) قوله: "كالأولى" وجه التشبيه أن بعد رد المتاع على المسروق منه هذا العين فى حق السارق كعين آخر فى حق الضمان، حتى لو غصبها، أو تلفها، كان ضامنًا، فكذلك فى حكم القطع. (نهاية)

(١١) قوله: "لتقدم الزاجر" فإن الإقدام عليها مع سبق الزاجر أشد قبحًا، فكان أحق بالقطع. (بناية)

(١٢) فإنه يقطع فيه.

(١٣) قوله: "على ما يعرف بعد" إشارة إلى ما يذكر بعد أوراق، ولنا قوله عليه الصلاة والسلام: «لا

وبالرد إلى المالك إن[١] عادت حقيقة العصمة بقيت شبهة السقوط ؛ نظرًا إلى اتحاد الملك والمحل، وقيام الموجِب، و هو القطع فيه.

بخلاف ما ذكر[٢] ؛ لأن الملك قد اختلف باختلاف سببه[٣]، ولأن[٤] تكرار الجناية منه نادر ؛ لتحمله مشقة الزاجر، فيعرى الإقامة عن المقصود، وهو تقليل الجناية، وصار كما إذا قذف المحدُودُ[٥] فى القذف المقذوف الأول.

قال[٦] : فإن تغيرت عن حالها مثل أن يكون غزلا، فسرقه وقطع فرده، ثم نسج فعاد، فسرقه قطع ؛ لأن العين قد تبدلت، ولهذا يملكه الغاصب به[٧]، وهذا[٨] هو علامة التبدل فى كل محل، وإذا تبدل[٩] انتفت الشبهةُ الناشئة من اتحاد المحل، والقطع فيه، فوجب القطع ثانيًا.

غرم على السارق بعد ما قطعت يمينه» إلخ، وسقوط عصمة المحل يوجب انتفاء القطع، فإن قيل: العصمة وإن سقطت بالقطع، لكنها عادت بالرد إلى المالك.

فأجاب بقوله: وبالرد إلى المالك إلخ فقوله: نظرا إلى اتحاد الملك؛ احتراز عما لو تبدل الملك فى ذلك، وهو جواب قوله: كما إذا باعه المالك من السارق، وقوله: والمحل احتراز عما إذا تبدل المحل، كما فى صورة الغزل، وقوله: وقيام الموجب أى موجب سقوط العصمة، وهو احتراز عما كان قبل القطع. (عناية)

(١) وصلية.

(٢) يعنى أبو يوسف من صورة البيع. (ع)

(٣) واختلاف الأسباب كاختلاف الأعيان. (ب)

(٤) عطف على قوله: ولنا. (ب)

(٥) أى بالزنا الأول. (ع)

(٦) أى القدورى. (ب)

(٧) أى بالنسخ. (ك)

(٨) أى ملك الغاصب المغصوب بالنسج. (ك)

(٩) قوله: "وإذا تبدل إلخ" يعنى لما تبدل المحل بأن كان ثوبًا بعد أن كان غزلا انتفت شبهة سقوط العصمة التى نشأت من اتحاد المحل، ووجود القطع فى ذلك المحل. (بناية)

فصل[١] فى الحرز والأخذ منه

ومن سرق من أبويه، أو ولده، أو ذى رحم محرم منه لم يقطع، فالأول[٢] وهو الولاد للبُسوطة فى المال، وفى الدخول فى الحرز، والثانى للمعنى الثانى، ولهذا[٣] أباح الشرعُ النظر إلى مواضع الزينة[٤] الظاهرة منها[٥]، بخلاف الصديقين[٦]؛ لأنه عاداه بالسرقة، وفى الثانى[٧] خلاف الشافعي؛ لأنه ألحقها بالقرابة البعيدة[٨]، وقد بيناه[٩] في العتاق. ولو سرق من بيت ذى رحم محرم متاعَ غيره، ينبغى[١٠] أن لا يقطع، ولو سرق مالَه من بيت غيره يقطع؛ اعتباراً للحرز[١١] وعدمه، وإن سرق من أمه من الرضاعة قطع[١٢].

---

(١) قوله: "فصل" لما كانت السرقة فى تحقيقها محتاجة إلى نفس مالية المسروق إلى الحرز، فشرع فى بيان الحرز. (نهاية)

(٢) قوله: "فالأول إلخ" الحاصل أن المانع من القطع فى سرقة الولد من والديه، وبالعكس أمران: أحدهما: الانبساط بينهم فى المال. والآخر: الإذن بالدخول فى الحرز، وعدم القطع فى السرقة من ذى رحم محرم للمعنى الثانى، وهوكونه يدخل فى الحرز بدون الإذن. (بناية)

(٣) أى لأجل المعنى الثانى. (ب)

(٤) قوله: "إلى مواضع ا لزينة" وهى اليد، والشعر، والصدر، والساق. (بناية)

(٥) أى من المحارم. (ب)

(٦) قوله: "بخلاف الصديقين [متصل بقوله: لم يقطع، ب]" جواب سؤال مقدر بأن يقال: الإذن بالدخول فى المحارم، كما وجد فى سائر المحارم وجد فى الصديقين أيضاً، ومع هذا إذا سرق أحدهما من الآخر يقطع، فيجاب بأن الذى سرق من صديقه عاداه بالسرقة فيقطع. (بناية)

(٧) أى السرقة من ذى رحم محرم. (ب)

(٨) قوله: "بالقرابة البعيدة" كابن العم، ولا معنى لإلحاقها بها؛ لأن القرابة البعيدة يجوز فيها المناكحة، بخلاف قرابة ذى رحم محرم. (بناية)

(٩) أى الخلاف. (عناية)

(١٠) لعدم الحرز. (عناية)

(١١) على طريق اللف والنشر المرتب. (كفاية)

(١٢) هذا هو ظاهر الرواية. (ب)

وعن أبي يوسف أنه لا يقطع ؛ لأنه يدخل عليها من غير استئذان وحشمة[١]، بخلاف الأخت من الرضاعة[٢] ؛ لانعدام هذا المعنى[٣] فيها عادةً. وجه الظاهر أنه لا قرابة والمحرميةُ بدونها لا تحترم[٤]، كما إذا ثبتت بالزنا[٥]، والتقبيل عن شهوة، وأقربُ من ذلك الأخت من الرضاعة[٦]، وهذا[٧] لأن الرضاع قلما يشتهر، فلا بسوطةَ تحرزا عن موقف التهمة، بخلاف النسب. وإذا سرق أحد الزوجين من الآخر، أو العبدُ من سيده، أو من امرأة سيده، أو من زوج سيدته لم يقطع ؛ لوجود الإذن بالدخول عادة[٨]، وإن سرق أحد الزوجين من حرز لآخر خاصة لا يسكنان فيه، فكذلك الجواب[٩] عندنا، خلافًا للشافعي[١٠] لبسوطة بينهما في الأموال عادةً ودلالةً[١١]، وهو نظير الخلاف في الشهادة[١٢].

(١) أي الاستحياء.

(٢) حيث يقطع إذا سرق منها. (ب)

(٣) أي الدخول بلا استئذان وحشمة. (ب)

(٤) أي لا يحصل حرمتها عادة. (ب)

(٥) قوله: "كما إذا ثبتت بالزنا" فإنه إذا سرق من بيت بنت المرأة التي زنى بها لا يعد شبهة في قطع اليد، وإن كانت بنت المرأة المزنية محرمة له. (نهاية)

(٦) قوله: "وأقرب من ذلك الأخت من الرضاعة [أي المحرمية الثابتة بالزنا. ن]" يعني أن الأم من الرضاع أشبه إلى الأخت من الرضاع في إثبات الحرمة من الحرمة الثابتة بالزنا، ثم السرقة من بيت ا لأخت من الرضاع موجبة للقطع بالإجماع، فيجب أن يكون من بيت أمه من الرضاع كذلك، وجه الأقربية أن إلحاق الرضاع بالرضاع أقرب. (عناية)

(٧) بيان لسر المسألة.

(٨) لأن العبد يدخل في بيوت هؤلاء. (ب)

(٩) أي لا يقطع. (ب)

(١٠) قوله: "خلاف للشافعي" فإن له فيه ثلاثة أقوال: في قول: يقطع، وبه قال مالك وأحمد، والثاني: لا يقطع كقولنا، وقول أحمد في رواية، والثالث: يقطع الزوج بسرقة مال زوجته، ولا يقطع الزوجة بسرقة مال الزوج. (بناية)

(١١) قوله: "ودلالة" وهوأن عقد النكاح عنهما دال على المبسوطة؛ لأنهما بعقد النكاح مصراعان

ولو سرق المولى من مكاتبه لم يقطع[1]؛ لأن له فى أكسابه حقًا[2]، وكذلك السارق من المغنم[3]؛ لأن له فيه نصيبًا، وهو مأثور[4] عن على* درءً وتعليلا[5]. قال[6]: والحرز على نوعين حرز لمعنى فيه كالبيوت[7] والدور، وحرز بالحافظ، قال العبد الضعيف[8]: الحرز لا بد منه؛ لأن الاستسرار لا يتحقق دونه[9]، ثم هو قد يكون بالمكان، وهو المكان المعدّ لإحراز الأمتعَة[10] كالدُور والبيوت والصندوق والحانوت، وقد يكون بالحافظ كمن جلس فى الطريق، أو فى المسجد، وعنده متاعه، فهو محرز به، وقد قطع رسول الله عليه السّلام[11] مَن سرق رداء صَفوان[12] من

كمصراعى الباب. (ك)

(١٢) قوله: "وهو نظير الخلاف فى الشهادة" فإن شهادة أحد الزوجين لا تقبل للآخر عندنا، وعنده تقبل فى أحد قوليه، بل هذا أولى. (عناية)

(١) وكذلك لا قطع على المكاتب والمدبر إذا سرق من المولى. (ب)

(٢) قوله: "حقًا" لأنه برقبة مملوكة للمولى، فلا يتحقق السرقة. (ب)

(٣) قوله: "وكذلك السارق من المغنم" أطلق الرواية فى القدورى، وقال الإنزارى: يجب أن يكون المراد بالسارق من له نصيب فى الغنيمة كالغانمين، أو اليتامى، أو المساكين، أو ابن السبيل، أما غيرهم: فيقطع.

(٤) قوله: "وهو مأثور عن على" رواه عبد الرزاق فى "مصنفه": أنه أتى على برجل سرق من المغنم، فقال: له فيه نصيب، وهو خائن فلم يقطعه، وكان قد سرق مغفراً، ورواه الدارقطنى فى كتاب المؤتلف والمختلف. (ب)

* راجع نصب الراية ج٣ ص٣٦٨، وانظر فى الدراية ج٢ تحت الحديث رقمه ٦٨٤ ص١٠٧. (نعيم)

(٥) قوله: "درءً وتعليلا" فالدرء من قول على رضى الله عنه فى الأثر المذكور: فلم يقطعه، والتعليل من قوله: فيه نصيب. (بناية)

(٦) أى القدورى. (ب)

(٧) وكالصندوق والحظيرة للغنم. (عناية)

(٨) أى المصنف. (ب)

(٩) وهو شرط فى السرقة على ما مر.

(١٠) جمع متاع.

(١١) أخرجه أبو داود والنّسائى. (ت)

تحت رأسه، وهو نائم فى المسجد* .

وفى المحرز بالمكان لا يعتبر الإحراز بالحافظ[٢]، وهو الصحيح[٣]؛ لأنه محرز بدونه[٤]، وهو البيت، و إن[٥] لم يكن له باب، أو كان وهو[٦] مفتوح حتى يقطع السارق منه؛ لأن البناء لقصد الإحراز. إلا أنه لا يجب القطع إلا بالإخراج منه[٧] لقيام يده قبله، بخلاف المحرز بالحافظ حيث يجب القطع فيه[٨]، كما أخذ لزوال يد المالك بمجرد الأخذ، فيتم السرقة[٩]. ولا فرق بين أن يكون الحافظ مستيقظًا، أو نائمًا، والمتاع تحته، أو عنده هو الصحيح[١٠]؛ لأنه يُعدّ النائم عند متاعه حافظًا له فى العادة، وعلى هذا[١١] لا يضمن المودَع[١٢]، والمستعير بمثله[١٣]؛ لأنه ليس بتضييع،

---

(١٢) ابن أمية.

* راجع نصب الراية ج٣ ص٣٦٨، والدراية ج٢، الحديث ٦٨٥ ص١١١. (نعيم)

(٢) لأن الأول أقوى.(ب)

(٣) قوله: "وهو الصحيح" وذكر فى "العيون" أن على قول أبى حنيفة يقطع؛ إذ كان ثمه حافظ. (ك)

(٤) قوله: "لأنه محرز بدونه" فلو سرق من بيت مأذون له بالدخول فيه، لكن مالكه يحفظه لا يقطع؛ لأن المعتبر هو الحرز بالمكان. (ع)

(٥) الواو وصلية.

(٦) الواو حالية.

(٧) لأن هتك الإحراز لا يكون إلا به. (ب)

(٨) أى بمجرد الأخذ.

(٩) قوله: "فيتم السرقة" هذا أيضًا يد لك على أن الحرز بالمكان أقوى. (عناية)

(١٠) قوله: "هو الصحيح" وقيل: لا يكون محرزًا به حال نومه، والصحيح أنه يقطع بكل حال، فإن الناس يعدون النائم حافظًا. (كفاية)

(١١) أى التعليل المذكور. (ب)

(١٢) بالفتح.

(١٣) قوله: "بمثله" يعنى إذا نام، وعنده الوديعة، وفى "الفتاوى الظهيرية": إنما لا يجب الضمان على

بخلاف ما اختاره فى الفتاوى[١].

قال[٢]: ومن سرق شيئًا من حرزٍ، أو من غير حرزٍ، و صاحبُه عنده[٣] يحفظه قطع؛ لأنه سرق مالا محرزًا بأحد الحرزين[٤].

ولا قطع على من سرق مالا من حمّام، أو من بيت أذن للناس فى دخوله فيه؛ لوجود الإذن[٥] عادة أو حقيقة فى الدخول، فاختل الحرز، ويدخل فى ذلك[٦] حوانيت[٧] التجار والخانات إلا[٨] إذا سرق منها ليلا؛ لأنها بُنيت لإحراز الأموال، وإنما الإذن يختص بالنهار.

ومن سرق من المسجد متاعًا، وصاحبه عنده قطع؛ لأنه محرز بالحافظ؛ لأن المسجد ما بنى لإحراز الأموال[٩]، فلم يكن المال محرزًا بالمكان، بخلاف الحمام، والبيت الذى أذن للناس فى دخوله حيث لا يقطع؛ لأنه بنى للإحراز، فكان المكان حرزًا[١٠]، فلا يعتبر الإحراز بالحافظ. ولا قطع على الضيف إذا سرق ممن أضافه؛ لأن البيت لم يبقَ

المودع فى ما إذا وضع الوديعة بين يديه فيما إذا نام قائمًا. أما إذا قام مضطجعًا، فعليه الضمان، وهذا إذا كان فى الحضر، وأما إذا كان فى السفر لا ضمان عليه، نام قاعدًا أو مضطجعًا، أو غير ذلك. (ب)

(١) قوله: "بخلاف ما اختاره فى الفتاوى" يعنى ذكر فيها أنهما يضمنان فى هذه الصورة. (ن)

(٢) أى القدورى. (ب)

(٣) الواو حالية.

(٤) فى الأول بالمكان، وبالثانى بالحافظ. (ب)

(٥) أى فى الحمام. (ع)

(٦) قوله: "ويدخل فى ذلك [أى فى قوله: أو من بيت أذن للدخول فيه. ع]" وذلك لأن التاجر يفتح باب حانوته ويأذن الناس لدخوله فيه، فإذا سرق رجل منهم ثوبًا لم يقطع، وبه صرح الحاكم فى "الكافى" (ب)

(٧) جمع حانوت دكان.(م)

(٨) استثناء من قوله: لا يقطع. (ب)

(٩) فكان كالصحراء. (ك)

(١٠) فلا يقطع للإذن بالدخول. (ب)

حـرزًا فى حـقـه ؛ لكونه مـأذونًا فى دخـولـه ، ولأنه بمنزلة أهل الدار[١] ، فيكون فعله خيانة لا سرقة .

ومن سرق سرقة[٢] ، فلم يخرجها من الدار لم يقطع ؛ لأن الدار كلها حرز واحد، فلا بد من الإخراج منها ، ولأن الدار وما فيها في يد صاحبها معنى ، فـيتمكن شبهـة عدم الأخذ[٣] . فإن كانت دار فيها مقاصير[٤] ، فأخرجها من مقصورة إلى صحن الدار قطع ؛ لأن كل مقصورة باعتبار ساكنها حرز على حدة ، وإن أغار[٥] إنسان من أهل المقاصير على مقصورة ، فسرق منها[٦] قطع ؛ لما بينا[٧] . وإذا نقب اللصّ البيتَ ، فدخل وأخذ المال ، وناوله آخر خارج البيت ، فلا قطع عليهما[٨] ؛ لأن الأول[٩] لم يوجد منه الإخراج ؛ لاعتراض يد معتبرة[١٠] على المال قبل خروجه[١١] ،

---

(١) قوله: "بمنزلة أهل الدار" أى صار كأنه واحد من أهل الدار حيث أكرموه وأضافوه، فيكون فعل الضيف خيانة لا سرقة، ولا قطع على الخائن. (ب)

(٢) قوله: "ومن سرق سرقة" أى مالا، والشيء قد يسمى سرقة مجازًا، ومنه قول محمد: إذا كانت السرقة مصحفًا. (عناية)

(٣) والشبهة دارئة. (ب)

(٤) قوله: "فيها مقاصير" أى الحجرات والبيوت، فإن المقصورةبلسان أهل الكوفة. (ب)

(٥) قوله: "وإن أغار" قال صاحب "المغرب": بالغين لفظ شمس الأئمة الحلوانى، وأما لفظ محمد: فهووإن أعان بالعين المهملة والنون، وهو الوجه؛ لأن الإغارة تدل على الجهر، والسرقة على الخفية.
وقال الكاكى: وإن أغار أى أخذ سرعة، يقال: أغار الفرس والثعلب إذا أسرع، كذا فى "المغرب"، وقال الإنزارى: لفظ أغار له وجه بأن يدخل اللص مكابرة بالليل جهرا، ويخرج المال، فإنه يقطع –انتهى–.
قلت: فيه ما فيه، فإن السرقة أخذ المال فى خفية وحيلة، ولذلك سمى السارق به؛ لأنه يسارق عين المسروق منه، والإغارة ليست كذلك. (ب)

(٦) تفسير لقوله: أغار. (ن)

(٧) إشارة إلى قوله: لأن كل مقصورة. (ب)

(٨) إلى ههنا لفظ القدورى.

(٩) أى الذى نقب وأخذ.

(١٠) وهى يد الثانى.

والثانى لم يوجد منه هتك الحرز، فلم يتم السرقة من كل واحد.

وعن أبى يوسف إن أخرج الداخلُ يده، وناولها الخارج، فالقطع على الداخل، وإن أدخل الخارجُ يده، فتناولها من يد الداخل، فعليهما القطع، وهى بناء[١] على مسألة تأتى بعد هذا، إن شاء الله تعالى.

وإن ألقاه فى الطريق[٢]، وخرج فأخذه قطع، وقال زفر: لا يقطع؛ لأن الإلقاء غير موجبٍ للقطع، كما لو خرج ولم يأخذ[٣]، وكذا الأخذ[٤] من السكّة، كما لو أخذه غيرُه. ولنا[٥] أن الرمى حيلة يعتادها السّراق[٦]؛ لتعذر الخروج مع المتاع، أو ليتفرغ لقتال صاحب الدار، أو للفرار، ولم تعترض عليه[٧] يد معتبرة، فاعتبر الكل فعلا واحدا، فإذا[٨] خرج ولم يأخذه، فهو مضيع لا سارق. قال[٩]: وكذلك إن حمله على حمار فساقه وأخرجه؛ لأن سيرها مضاف إليه لسوقه، وإذا دخل الحرز جماعة[١٠]،

---

(١١) أى الذى تناول خارج البيت.

(١) قوله: "وهى بناء إلخ" أى مسألة نقب البيت، وإدخال اليد فيه مبنية على مسألة تأتى بعد، وهى مسألة إلقاءه فى الطريق. (ب)

(٢) قوله: "وإن ألقاه إلخ" ولو وضع الداخل المال عند النقب، ثم خرج وأخذه، لم يذكره محمد، والصحيح أنه لا يقطع. (بناية)

(٣) فإنه لا يقطع فيه اتفاقًا.

(٤) قوله: "وكذا الأخذ من السكة" يعنى أخذ السارق المال من السكة حيث لا يقطع عند زفر. (نهاية)

(٥) قوله: "ولنا إلخ" الحاصل أن يده ثبتت عليه بالأخذ، ثم الرمى إلى الطريق لم تزل يده حكما؛ لعدم اعتراض يد أخرى على يده، وإذا بقيت يده حكما، وقد تقرر ذلك بالأخذ الثانى وجب القطع. (عناية)

(٦) جمع سارق.

(٧) قوله: "ولم تعترض عليه" جواب عن قول زفر، كما لو أخذه غيره، فإن هناك اعترضت يد أخرى، فأوجب سقوط اليد الحكمية للسارق. (ك)

(٨) جواب عن قوله: كما لو خرج ولم يأخذ. (ع)

(٩) أى القدورى. (ب)

(١٠) قوله: "وإذا [هذا لفظ ا لقدورى. ب] دخل الحرز جماعة" إنما وضع المسألة فى دخول الجميع؛ لأنهم

فتولى بعضهم الأخذ قطعوا جميعًا.

قال العبد الضعيف[١]: هذا استحسان، والقياس أن يقطع الحامل وحده، وهو قول زفر؛ لأن الإخراج وجد منه، فتمت السرقة به.

ولنا أن الإخراج من الكل معنى للمعاونة[٢]، كما في السرقة الكبرى[٣]، وهذا لأن المعتاد فيما بينهم أن يحمل البعض المتاعَ، ويتشمّر الباقون للدفع[٤]، فلو امتنع القطع أدى إلى سد باب الحد[٥].

ومن نقب البيت، وأدخل يده فيه، وأخذ شيئًا لم يقطع، وعن أبي يوسف في الإملاء أنه يقطع؛ لأنه أخرج المال من الحرز[٦]، وهو المقصود، فلا يشترط الدخول فيه كما إذا أدخل يده في صندوق الصيرفي[٧]، فأخرج الغطريفي[٨]. ولنا أن هتك الحرز يشترط فيه الكمال؛ تحرزا عن شبهة العدم، والكمال في الدخول، وقد أمكن اعتباره، والدخول هو المعتاد، بخلاف الصندوق[٩]؛ لأن الممكن فيه إدخال اليد

إذا اشتركوا على فعل السرقة، ودخل واحد منهم البيت، وأخرج المتاع، فالقطع على من دخل، وعلى الباقين التعزير. (ع)

(١) أي المصنف. (ب)

(٢) أي من حيث المعنى لكونهم ردءً له. (ب)

(٣) قوله: "كما في السرقة الكبرى" وهي قطع الطريق إذا باشر أحدهم، وأخذ المال يجب حد قطع الطريق على جميعهم. (ب)

(٤) أي دفع من يتعرض لهم من صاحب البيت أو غيره. (ب)

(٥) قوله: "أدى إلى سد باب الحد" قالوا: هذا إذا كان الحامل من أهل القطع، ولو كان صبيًا، أو مجنونًا لا قطع عليهم بالإجماع، وإن كان الحامل بالغًا، ولكن فيهم صبي، أو مجنون، فلا قطع على واحد منهم عند أبي حنيفة ومحمد لتمكن الشبهة، وعند أبي يوسف: يقطع الحامل، وغير الصبي والمجنون. (ب)

(٦) أي البيت.

(٧) بالفتح صراف.

(٨) قوله: "فأخرج الغطريفي" بالكسر درهم منسوب إلى غطريف بن عطاء الكندي أمير خراسان أيام الرشيد، والدراهم الغطريفية كانت من أعز النقود ببخارى. (ن)

(٩) جواب عن قوله: كما أدخل يده إلخ. (ب)

دون الدخول، وبخلاف ما تقدم[١] من حمل البعض المتاع؛ لأن ذلك هو المعتاد. وإن طرّ[٢] صرة[٣] خارجة من الكم لم يقطع[٤]، وإن أدخل يده في الكم يقطع؛ لأن في الوجه الأول[٥] الرباط من خارج، فبالطر يتحقق الأخذ من الظاهر، فلا يوجد هتك الحرز، وفي الثاني الرباط من داخل، فبالطر يتحقق الأخذ من الحرز، وهو الكم، ولو كان مكان الطر حلّ الرباط، ثم الأخذ في الوجهين[٦]، ينعكس الجواب[٧] لانعكاس العلة.

وعن أبي يوسف أنه يقطع على كل حال؛ لأنه[٨] محرز إما بالكم[٩]، أو بصاحبه[١٠]. قلنا: الحرز هو الكم؛ لأنه يعتمده[١١]، وإنما قصده قطع

---

(١) قوله: "وبخلاف ما تقدم" هذا أيضًا جواب عما يقال: لو كان الكمال في هتك الحرز؛ شرطًا لما وجب القطع في ما تقدم من حمل البعض المتاع دون بعض. (ب)

(٢) قوله: "وإن طر" الطرار: هو الذي يطر الهميان أي يقطعها أو يشقها. (ع)

(٣) بالضم.

(٤) وعند أبي يوسف: يقطع في الصور كلها. (ن)

(٥) قوله: "لأن في الوجه الأول إلخ" في هذا التفصيل دليل على أن المذكور في أصول الفقه بأن الطرار يقطع ليس بمجرى على عمومه، بل هو محمول على الصورة الثانية. (ب)

(٦) أي من الخارج والداخل. (ب)

(٧) قوله: "ينعكس الجواب" يعني في ما إذا حل من خارج يقطع؛ لأنه لما حل الرباط الذي كان من خارج وقعت الدراهم في الكم، فاحتاج في أخذ الدراهم إلى إدخال اليد في الكم، فيجب القطع.
وأما إذا كان حل الرباط من داخل، فإنه لا يقطع؛ لأنه لما حل الرباط من خارج بقيت الدراهم خارج الكم، فلم يهتك الحرز، وهو نظير من نقب ا لبيت، وأدخل يده، فأخرج شيئًا. (ن)

(٨) أي المال. (ب)

(٩) في صورة طرها خارج الكم. (ب)

(١٠) في صورة طرها داخل الكم. (ب)

(١١) قوله: "لأنه يعتمده" أي لأن صاحب المال يعتمد على الكم في حفظ المال، لا قيام نفسه عند المال كالبيت؛ إذ لا حرز به المال، فإنه محرز بالبيت دون الصاحب، وقصد صاحب الكم من وجوده عند المال ليس حفظ المال. بل لا يخلو من أحد الأمرين: إما أن يكون هو في حالة المشي، أو في غيرها، فإن كان في حالة المشي، فمقصوده قطع المسافة، لا حفظ المال، وإن كان في غير حالة المشي، فمقصوده الاستراحة فقط، والمقصود هو المعتبر في هذا الباب. ألا ترى إلى أن من شق الجوالق الذي على إبل، فأخذ الدراهم منها يقطع؛

المسافة، أو الاستراحة، فأشبه الجوالق[١].

وإن سرق[٢] من القطار[٣] بعيرا، أو حَمْلاً[٤] لم يقطع؛ لأنه ليس بحرز مقصودًا، فيتمكن شبهة العدم، وهذا لأن السائق والقائد والركب يقصدون قطع المسافة، ونقل الأمتعة[٥] دون الحفظ حتى لو كان مع الأحمال[٦] من يتبعها للحفظ قالوا: يقطع.

وإن شق الحمل، وأخذ منه قطع؛ لأن الجوالق في مثل هذا[٧] حرز؛ لأنه يقصد بوضع الأمتعة فيه صيانتها كالكم، فوجد الأخذ من الحرز، فيقطع. وإن سرق جوالقًا فيه متاع، وصاحبُه يحفظه، أو نائم عليه قطع معناه[٨] إذا كان الجوالق في موضع هو ليس بحرز[٩] كالطريق ونحوه حتى يكون محرزًا بصاحبه؛ لكونه مترصّدا لحفظه، وهذا لأن المعتبر هو الحفظ المعتاد، والجلوس عنده، والنوم عليه يعد حفظا عادة، وكذا النوم بقرب منه على ما اخترناه[١٠] من قبل، وذكر في بعض النسخ[١١]، وصاحبُه نائم

لأن صاحب الجوالق اعتمد عليها حرزا، ومن سرق الجوالق بما فيه، والجوالق على الإبل لا يقطع؛ لأن السائق، أو القائد إنما يقصد بفعله قطع المسافة والسوق، لا الحفظ، فلم يصر الجوالق مقصودا لحرز. (نهاية)

(١) قوله: فأشبه الجوالق [بكسر لام معرب گوال. غث] بضم الجيم، وهو اسم للواحد، وجمعه الجوالق بفتح الجيم كالسرادق والسرادق. (بناية)

(٢) وكذا لو سرق من المرعى الغنم. (ب)

(٣) قوله: "من القطار" بالكسر شتران برابر برابر شده وبر يک نسق رونده، وبفتح أول خطا است از منتخب وصراح. (غث)

(٤) بفتح أول وسكون ثاني: باربکه بر گردن اندازند. (غث)

(٥) جمع متاع.

(٦) جمع حمل.

(٧) أي فيما إذا لم يكن له حافظ.

(٨) قوله: "معناه" أي معنى قول محمد؛ لأن المسألة من مسائل "الجامع الصغير". (ب)

(٩) قوله: ليس بحرز "فإنه لو كان في مكان حرز، فلا اعتبار لإحراز الصاحب على ما مَرّ.

(١٠) وهو قوله: لأن النائم يعد حافظا. (ب)

عليه، أو حيث يكون حافظًا له، وهذا يؤكد ما قدمناه من القول المختار[١].

فصل[٢] في كيفية القطع وإثباته

قال: ويقطع يمين السارق من الزَنْد[٣] ويُحسم[٤]، فالقطع لما تلوناه[٥] من قبل، واليمين بقراءة عبد الله بن مسعود[٦]، ومن الزَنْد؛ لأن الاسم يتناول اليد إلى الإبط، وهذا المفصل أعنى الرسغ متيقن[٧] به كيف وقد صح أن النبي عليه السّلام أمر * بقطع يد السارق من الزند[٨]، والحسمُ لقوله عليه السّلام: «فاقطعوه واحسموه»[٩]**، ولأنه لو لم يحسم يفضى إلى التلف والحدّ زاجرٌ لا متلف[١٠].

فإن سرق ثانيًا قُطعت رجله اليسرى[١١]، فإن سرق ثالثًا لم يقطع،

(١١) أى نسخ "الجامع الصغير". (ب)

(١) قوله: "من القول المختار" إشارة إلى قوله: ولا فرق بين أن يكون الحافظ مستيقظا، أو نائما والمتاع عنده، أو تحته. (ك)

(٢) قوله: "فصل" لما ذكر وجوب قطع اليد لم يكن بد من بيان كيفيته، وهذا الفصل فى بيانه. (ن)

(٣) قوله: "من الزند [بالفتح. غث]" هو مفصل طرف الذراع فى الكف، وقالا: يقطع من المنكب؛ لأن اليد اسم له، وقال بعض الناس: لا يقطع إلا قدر الأصابع؛ لأن بطشه كان به، قلنا: هذا خلاف النص. (ك)

(٤) قوله: "ويحسم [حسم بالفتح داغ كردن بعد از بريدن دست. م]" من حسم العرق، وكواه بحديدة محماة لئلا يسيل دمه. (ع)

(٥) أى قوله تعالى: ﴿السارق والسارقة فاقطعوا أيديهما﴾.

(٦) قوله: "بقراءة عبد الله" فإنه قرأ "فاقطعوا أيمانهما" وهى مشهورة جازت الزيادة به على الكتاب، وقد عرف فى الأصول. (ع)

(٧) لكونه أقل. (ع)، وفى العقوبات إنما يؤخذ بالمتيقن. (ن)

* راجع نصب الراية ج٣ ص٣٧٠، والدراية ج٢، الحديث ٦٨٦ ص١١١. (نعيم)

(٨) رواه ابن عدى فى "الكامل". (عينى)

(٩) أخرجه الحاكم فى "المستدرك". (عينى)

** راجع نصب الراية ج٣ ص٣٧١، والدراية ج٢، الحديث ٦٨٧ ص١١١. (نعيم)

(١٠) قوله: "لا متلف" ولهذا لا يقطع فى الحر الشديد، ولا البرد الشديد، وعند شدة المرض. (ب)

(١١) قوله: "رجله اليسرى" من الكعب عند أكثر أهل العلم، وفعل عمر كذلك، وقال أبو ثور والروافض:

وخلّد في السجن حتى يتوب[١]، وهذا[٢] استحسان، ويعزّر أيضًا ذكره المشايخ. وقال الشافعي: في الثالث يقطع يده اليسرى، وفي الرابعة[٣] يقطع رجله اليمنى؛ لقوله[٤] عليه السلام: «من سرق[٥] فاقطوه فإن عاد فاقطعوه فإن عاد فاقطعوه»*، ويُروى مفسرًا[٦] كما هو مذهبه، ولأن الثالثة مثل الأولى في كونها جناية، بل فوقها[٧]، فتكون أدعى إلى شرع الحد. ولنا قول علي فيه[٨]: إني لأستحيي من الله تعالى أن لا أدع له يدًا يأكل بها، ويستنجي بها، ورِجلا يمشي عليها، وبهذا حاجّ[٩] بقية

يقطع من نصف القدم من معقد الشراك. (بناية)

(١) قوله: "حتى يتوب" هكذا قال صاحب المنافع، وقال صاحب النافع: حتى يتوب، أو يظهر عليه سيما رجل صالح. (ب)

(٢) أي عدم القطع. (ب)

(٣) قوله: "وفي الرابعة إلخ" ثم في الخامسة يحبس عنده، وعند بعض أصحاب الظواهر يقتل. (نهاية)

(٤) قوله: "لقوله" في هذا الباب أحاديث كثيرة كلها ضعيفة، وبعضها قريبة من الوضع، كما لا يخفى على ما طالع تخريج الزيلعي.

(٥) قوله: "من سرق فاقطعوه إلخ" قلت: أخرج أبو داود بسنده عن جابر قال: "جيء سارق إلى النبي ﷺ فقال: اقتلوه، فقالوا: يا رسول الله! إنما سرق، فقال: اقطعوه فقطع، ثم جيء به الثانية فقال اقتلوه فقالوا إنما سرق، هكذا في الثالثة والرابعة، ثم جيء به في الخامسة، فقال: اقتلوه قال جابر: فقتلناه ثم اجتررناه فألقيناه في بئر، قال النسائي: حديث منكر، ومصعب بن ثابت راوي هذا الحديث ليس بالقوي. (زيلعي)

* راجع نصب الراية ج٣ ص٣٧١، والدراية ج٢، الحديث ٦٨٨ ص١١١. (نعيم)

(٦) قوله: "ويروى مفسرًا [أخرجه الدارقطني والطبراني. ت]" وهو ما في حديث أبي هريرة أن النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم قال في المرة الأولى: قطع اليد اليمنى، وفي الثانية: الرجل اليسرى، وفي الثالثة: اليد اليسرى، وفي الرابعة: الرجل اليمنى، كذا في "المبسوط". (نهاية)

(٧) لتقدم الزاجر. (ب)

(٨) قلت: رواه محمد بن الحسن في "كتاب الآثار" وابن أبي شيبة. (ت)

(٩) قوله: "وبهذا حاج إلخ" قلت في "التنقيح": قال سعيد بن منصور بسنده عن أبي سعيد المقبري: قال: "حضرت علي بن أبي طالب وأتي برجل مقطوع اليد والرجل قد سرق فقال لأصحابه: ما ترون؟ فقالوا: اقطعه، فقال: إذا قتلته وما عليه قتل بأي شيء يأكل الطعام، وبأي شيء يتوضأ للصلاة، وبأي شيء يغتسل من جنابته، فرده إلى السجن أيامًا، ثم أخرجه فاستشار أصحابه، فقالوا: مثل قولهم الأول، فقال لهم: مثل ما

الصحابة، فحجهم[١] فانعقد إجماعًا، ولأنه إهلاك معنى[٢]؛ لما فيه من تفويت جنس المنفعة، والحد زاجر[٣]، ولأنه نادر الوجود، والزجر فيما يغلب، بخلاف القصاص[٤]؛ لأنه حق العبد، فيستوفى ما أمكن جبرًا لحقه، والحديث[٥] طعن فيه الطحاوى[٦]، أو نحمله[٧] على السياسة[٨]. وإذا كان السارق أشل[٩] اليد اليسرى، أو أقطع، أو مقطوع الرجل اليمنى لم يقطع؛ لأن فيه تفويت جنس المنفعة بطشًا[١٠]، أو مشيًا[١١]، وكذا إذا كانت رجله اليمنى شلاء؛ لما قلنا.

وكذا إذا كانت إبهامُه اليسرى مقطوعةً، أو شلاء، أو الإصبعان منها سوى الإبهام؛ لأن[١٢] قوامَ البطش بالإبهام.

قال: فجلده جلدا شديدا ثم أرسله". (ت)

(١) قوله: "فحجهم" أى غلب عليهم يقال: حاجه فحجه أى ناظره بالحجة، فغلبه بها. (ن)

(٢) أى من حيث المعنى.

(٣) أى لا متلف.

(٤) قوله: "بخلاف القصاص" جواب سؤال مقدر، تقريره: أنه لو قطع رجل أربعة أطراف رجل، يقتص منه بالإجماع، وجميع ما ذكرتم من المحظورات هناك موجود، وتقرير الجواب أن القصاص حق العبد، وحق العبد يراعى فيه المماثلة بالنص. (ع)

(٥) الذى رواه الشافعى. (ع)

(٦) قوله: "طعن فيه الطحاوى" فقال: تتبعنا هذه الآثار، فلم نجد لها أصلا، وكذلك طعن فيها النسائى وغيره من الثقات. (بناية)

(٧) هذا جواب بطريق التسليم. (ب)

(٨) قوله: "على السياسة" بدليل ما ورد فى ذلك الحديث من الأمر بالقتل فى الخامسة، وهو محمول على السياسة بالإجماع. (ع)

(٩) شل بفتح أول وتشديد لام كسيكه دست وپاى او حركت نتواند كرد. (غث)

(١٠) إن كانت اليد اليسرى مقطوعة. (ب)

(١١) إن كانت الرجل كذلك. (ب)

(١٢) تعليل قوله: وكذا. (ب)

• فإن كانت إصبعٌ واحدةٌ[١] سوى الإبهام مقطوعة، أو شلاء قطع ؛ لأن فوت الواحدة لا يوجب خللا ظاهرًا فى البطش، بخلاف فوت الإصبعين ؛ لأنهما يتنزلان منزلة الإبهام فى نقصان البطش.

قال : وإذا قال الحاكم للحدّاد[٢] : اقطع يمين هذا[٣] فى سرقة سرَقها فقَطع يسارَه عمداً، أو خطأً، فلا شيء عليه عند أبى حنيفة.

وقالا : لا شيء عليه فى الخطأ، ويضمن فى العمد، وقال زفر : يضمن فى الخطأ أيضًا، وهو القياس، والمراد بالخطأ هو الخطأ فى الاجتهاد[٤] . أما الخطأ فى معرفة اليمين واليسار لا يجعل عفواً[٥]، وقيل : يجعل[٦] عذرا أيضًا، له أنه قطع يدًا معصومة، والخطأ فى حق العباد غير موضوع فيضمنها[٧] . قلنا : إنه أخطأ فى اجتهاده؛ إذ ليس فى النص[٨] تعيين اليمين، والخطأ فى الاجتهاد موضوع[٩] .

ولهما أنه قطع طرفًا معصومًا بغير حق[١٠]، ولا تأويل[١١] ؛ لأنه تعمد

---

(١) قوله: "فإن كانت إصبع واحدة إلخ" قال تاج الشريعة: فرق بين هذا وبين الكفارة، فإن العبد إذا كان كذلك، وأعتقه عن الكفارة يجزئه؛ لأن قطع الإبهام إهلاك من وجه، فأقيم مقام الإهلاك من كل وجه احتيالا لدرء القطع، أما الكفارة فلا يحتال فيها. (ب)

(٢) قوله: "للحداد" هو الذى يقيم الحد كالجلاد يقيم الجلد، كذا فى "المغرب". (نهاية)

(٣) قوله: "يمين هذا" قيده بهذا؛ لأنه لو قال: اقطع يد هذا، فقطع يساره لا شيء عليه اتفاقًا. (ن)

(٤) قوله: "هو الخطأ فى الاجتهاد" يعنى فى قوله تعالى: ﴿فاقطعوا أيديهما﴾ حيث زعم أن الكتاب مطلق عن اليمين. (ب)

(٥) قوله: "لا يجعل عفواً" لأن الجهل فى موضع الاشتهار ليس بعذر، وهذا موضع الاشتهار؛ لأن كل أحد يعرف اليمين واليسار. (ك)

(٦) لأنه بنى الأمر على دليل شرعى.(ب)

(٧) بدليل وجوب الدية فى قتل الخطأ.

(٨) وهو قوله تعالى: ﴿فاقطعوا أيديهما﴾.

(٩) أى شرعًا. (ب)

(١٠) قوله: "بغير حق" دليله: أن الحق فى السرقة فى اليمين، وهو أيضًا لم يقطع يسار أحد؛ ليكون هذا

الظلم، فلا يُعفى وإن كان فى المجتهدات[١]، و كان[٢] ينبغى أن يجب القصاص إلا أنه امتنع للشبهة[٣]. ولأبى حنيفة[٤] أنه أتلف وأخلف من جنسه ما هو خير منه[٥]، فلا يعد إتلافًا كمن شهد[٦] على غيره ببيع ماله بمثل قيمته، ثم رجع، وعلى هذا لو قطعه غير الحداد لا يضمن أيضًا هو الصحيح[٧]. ولو أخرج السارق يساره، وقال: هذه يمنى لا يضمن بالاتفاق؛ لأنه[٨] قطعه بأمره، ثم فى العمد عنده[٩] عليه أى السارق ضمان المال؛ لأنه[١٠] لم يقع حدًا، وفى الخطأ كذلك[١١] على هذه

قصاصًا. (عناية)

(١١) حيث لم يخطأ. (ع)

(١) قوله: "و إن [الواو وصلية] كان فى المجتهدات" لأن المجتهد لا يعفى فيما إذا أخطأ إذا كان الدليل ظاهرًا كالحكم بحل متروك التسمية عامدًا. (ع)

(٢) دفع لما يقال: فلم لا يجب القصاص.

(٣) قوله: "للشبهة" لظاهر قوله تعالى: ﴿فاقطعوا أيديهما﴾، فإن ظاهره يوجب تناول اليدين، فصار شبهة فى سقوط القصاص؛ إذ القصاص لا يثبت بالشبهة، بخلاف ضمان المال. (عناية)

(٤) قوله: "ولأبى حنيفة" تقريره بالقول بالموجب سلمنا أنه قطع طرفًا معصومًا بغير حق، ولا تأويل، لكنه أخلف من جنسه ما هو خير منه. (ع)

(٥) قوله: "ما هو خير منه" وهو اليمين، فإن قيل: لو قطع رجله اليمنى يقطع، وقد أتلف، وأخلف ما هو خير منه، وهو اليد اليمنى؛ لأنه لا يقطع حينئذٍ، قلنا: لا رواية فيه، فيمنع، ولئن سلمنا، فالمقطوع ليس من جنس الباقى. (ب)

(٦) فإنه لا يضمن؛ لأنه أتلف، وأخلف قيمته.

(٧) قوله: "هو الصحيح" احتراز عما ذكر فى "شرح الطحاوى" فقال: لأن مقطوع اليد اليسرى لا يقطع يده اليمنى فى السرقة، فكانت سلامة اليمنى حاصلة بسببه، وهذا كله إذا قطعه الحداد بأمر السلطان، ولو قطع غيره يده اليسرى، ففى العمد القصاص، وفى الخطأ الدية، وسقط القطع عنه فى اليمين. (نهاية)

(٨) قوله: "لأنه" أى الحداد قطعه بأمر السارق، فلا يضمن كما لو قطع يد غيره بأمره من غير أن يكون مستحقا للقطع، فهذا أولى. (بناية)

(٩) قوله: "عنده" إنما خص أبا حنيفة بالذكر، وإن كان هذا بالاتفاق؛ لأن شبهة عدم وجوب الضمان على السارق إنما يرد على مذهبه؛ لأنه يقول بعدم وجوب الضمان على الحداد. (ن)

(١٠) أى قطع يساره. (بناية)

الطريقة[١]، وعلى طريقة الاجتهاد لا يضمن[٢].

ولا يقطع السارق[٣] إلا أن يحضر المسروق منه[٤]، فيطالب بالسرقة؛ لأن الخصومة شرط لظهورها[٥]، ولا فرق[٦] بين الشهادة والإقرار[٧] عندنا، خلافًا للشافعي[٨] في الإقرار؛ لأن الجناية[٩] على مال الغير لا تظهر إلا بخصومته، وكذا إذا غاب عند القطع عندنا؛ لأن الاستيفاء من القضاء في باب الحدود. وللمستودَع[١٠] والغاصب وصاحب الربا[١١] أن يقطعوا السارق منهم، ولرب الوديعة أن يقطعه أيضًا، وكذا المغصوب منه.

وقال زفر والشافعي: لا يقطع بخصومة الغاصب والمستودع، وعلى

---

(١١) أي يضمن.

(١) قوله: "على هذه الطريقة" أي طريقة أن القطع لم يقع حدًا؛ لأن سقوط الضمان في ضمن وجود القطع حدًا زاجرًا، فلا يسقط الضمان. (نهاية)

(٢) قوله: "وعلى طريقة الاجتهاد" لا يضمن؛ لأن ذلك لما وقع موقع الحد سقط الضمان. (نهاية)

(٣) خلافًا لابن أبي ليلى. (نهاية)

(٤) قوله: "إلا أن يحضر المسروق منه" لم يقل: إلا أن يحضر المالك؛ لأن السارق عندنا يقطع بخصومة المستودع والمستعير. (كفاية)

(٥) قوله: "لظهورها" إذ لو لم يحضر، تمكن عليه الشبهة، إما بإباحة المالك، أووقفه على المسلمين، أو على السارق، أو أذن له في الدخول في الحرز، فاعتبرت المطالبة؛ دفعا لهذه الشبهة، أما الزنا: فلا يباح بالإباحة، فلا يتمكن فيه الشبهة. (ب)

(٦) أي يشترط الحضور فيهما. (ك)

(٧) أي إقرار السارق بالسرقة.

(٨) قوله: "خلافًا للشافعي" هذا وجه عنده، والأصح عنده أن الإقرار كالبينة، كما هو مذهبنا. (بناية)

(٩) دليل للفرق. (ب)

(١٠) بفتح الدال. (ن)

(١١) قوله: "وصاحبُ الربا" قال في "المحيط": يحتمل أنه أراد به رجل باع عشرة دراهم بعشرين درهما، وقبض العشرين، فجاء سارق، فسرق العشرين منه، يقطع السارق بخصومته عندنا؛ لأن هذا المال في يده بمنزلة المغصوب، والمشترى شراء فاسدًا. ثم أنه ذكر في الكتاب رب الوديعة والمغصوب منه، ولم يذكر العاقد الآخر من عاقدي الربا؛ لما أنه بالتسليم لم يبق له ملك، ولا يد له. (نهاية)

هذا الخلاف[١] المستعير والمستأجر والمضارب والمستبضع[٢] والقابض على سَوم[٣] الشراء، والمرتهن وكل[٤] من له يد حافظة سوى المالك، ويقطع بخصومة المالك[٥] فى السرقة من هؤلاء إلا[٦] أن الراهن إنما يقطع بخصومته حال قيام الرهن[٧] بعد قضاء الدين[٨]لأنه لا حق له فى المطالبة بالعين بدونه[٩]، والشافعى بناه على أصله؛ إذ لا خصومة لهؤلاء[١٠] فى الاسترداد عنده. وزفر يقول: ولاية الخصومة فى حق الاسترداد ضرورة الحفظ[١١]، فلا تظهر فى حق القطع؛ لأن فيه تفويت الصيانة.

ولنا أن السرقة موجبةٌ للقطع فى نفسها، وقد ظهرت عند القاضى

---

(١) فعندنا يجوز لهم المطالبة، خلافًا له.

(٢) بالفتح مستغل، وإن كان الصواب كسر الضاد. (عناية)

(٣) سمت بالسعلة بها كردم متاع را. (منتهى الأرب)

(٤) كمتولى الوقف والأب والوصى. (ك)

(٥) قوله: "بخصومة المالك" يعنى لو سرق من هؤلاء المذكورين، وخاصمه المالك يقطع. (بناية)

(٦) استثناء منقطع. (ب)

(٧) أى المرهون. (ع)

(٨) قوله: "بعد قضاء الدين" اختلفت نسخ "الهداية" ههنا: فى بعضها إلا أن الراهن إنما يقطع بخصومته حال قيام الرهن قبل قضاء الدين أو بعده، وفى بعضها حال قيام الرهن بعد قضاء الدين، واستصوبه الشارحون نقلا وعقلا، أما نقلا: فلأنه موافق لرواية "الإيضاح" و "المحيط". قال فى "المحيط": إذا سرق الراهن من المرتهن، فللمرتهن أن يقطعه، وليس للراهن أن يقطعه؛ لأنه لا سبيل له على أخذ الرهن، وإن قضى الراهن الدين، فله أن يقطعه. وأما عقلا: فلأن السارق إنما يقطع يده بولاية من له ولاية الاسترداد، وليس للراهن ذلك قبل قضاء الدين. (عناية)

(٩) قوله: "بدونه [الضمير راجع إلى قضاء الدين، وعلى النسخة الأولى إلى قيام الرهن. ع]" فشرط جواز القطع بخصومة الراهن أمران: قيام المرهون حتى لو هلك لاسبيل للراهن عليه؛ لبطلان دينه عنه، وقضاء الدين.(ع)

(١٠) أى عند جحود من فى يده المال مالم يحضر المالك. (ن)

(١١) قوله: "ضرورة الحفظ" والثابت بالضرورة يتقدر بقدرها، فلا تظهر فى حق القطع؛ لأن فيه أى فى ظهورها فى حق القطع تفويت الصيانة؛ لأن المال مضمون على السارق، فلو استوفى القطع، سقط الضمان، فيكون فيه تضييع لا صيانة. (عناية)

بحجة شرعية، وهى شهادة رجلين عقيب خصومة معتبرة مطلقًا[١]؛ إذ الاعتبار لحاجتهم إلى الاسترداد[٢]، فيستوفى القطع.

• والمقصود من الخصومة إحياء حقه[٣]، وسقوط العصمة[٤] ضرورة الاستيفاء، فلم يعتبر، ولا معتبر[٥] بشبهة موهومة الاعتراض، كما إذا حضر المالك[٦]، وغاب المؤتمن[٧]، فإنه يقطع بخصومته فى ظاهر الرواية[٨] و إن[٩] كانت شبهة الإذن فى دخول الحرز ثابتة.

وإن قطع سارق بسرقة، فسرقت منه، فلم يكن له، ولا لرب السرقة أن يقطع السارق الثانى؛ لأن المال غير متقوم فى حق السارق حتى لا تجب عليه الضمان بالهلاك، فلم تنعقد موجبة[١٠] فى نفسها، وللأول ولاية الخصومة فى الاسترداد فى رواية[١١] لحاجته؛ إذ الرد واجب عليه.

---

(١) نفى لقول زفر، فإن خصومة هؤلاء عنده، وفى حق الاسترداد دون القطع. (ب)

(٢) قوله: لحاجتهم إلى الاسترداد" لأن اعتبار خصومة المالك لإعادته إلى المحل، وهذا المعنى موجود فى حق هؤلاء، أما المستأجر والمستعير: فلاحتياجهما إلى الانتفاء بالمحل، وأما المرتهن والمودع: فلأجل الحفظ الملتزم. (بناية)

(٣) أى حق المالك. (ب)

(٤) قوله: "وسقوط العصمة" جواب عن تعليل زفر، وتقريره: أن الإمام استوفى القطع حقًا لله تعالى، فسقط الضمان من ضرورته، فلا يصير المودع مسقطًا للضمان. (نهاية)

(٥) قوله: "ولا معتبر" جواب عما يقال: ينبغى أن لا يقطع السارق بدون حضرة المالك، كمامر في مسألة قبيل هذا. (بناية)

(٦) قوله: "كما إذا حضر المالك" وغاب المرتهن، فإن فيه شبهة موهومة أيضًا، وهو أن يحضر المرتهن، ويقول: إنه كان ضيفًا عندى، ومع ذلك لا يشترط حضور المرتهن. (ع)

(٧) أى المودع بالفتح. (ب)

(٨) قوله: فى ظاهر الرواية" احترازًا عن رواية ابن سماعة عن محمد أن المالك لا يقطع حال غيبة المودع. (ع)

(٩) الواو وصلية.

(١٠) أى للقطع.

(١١) فى رواية أخرى لا؛ لأن يده ليست بصحيحة. (نهاية)

ولو سرق الثاني [١] قبل أن يقطع الأول، أو بعد ما درأ الحد بشبهة يقطع بخصومة الأول؛ لأن سقوط التقوم ضرورة القطع، ولم يوجد فصار كالغاصب [٢]. ومن سرق سرقة فردها على المالك قبل الارتفاع إلى الحاكم لم يقطع [٣]، وعن أبي يوسف أنه يقطع اعتباراً [٤] بما إذا ردّه بعد المرافعة. وجه الظاهر أن الخصومة شرط لظهور السرقة؛ لأن البينة [٥] إنما جُعلت حجة ضرورة قطع المنازعة، وقد انقطعت الخصومة [٦]، بخلاف [٧] ما بعد المرافعة؛ لانتهاء الخصومة [٨] لحصول مقصودها، فتبقى تقديراً.

وإذا قضى على رجل بالقطع في سرقة، فوهبت له [٩] لم يقطع معناه [١٠] إذا سلمت إليه، وكذلك إذا باعها المالك إياه.

---

(١) قوله: "ولو سرق الثاني إلخ" حاصله أن المال إذا سرق من السارق، فلا يخلو: إما أن يكون السرقة الثانية قبل قطع السارق الأول، فحينئذٍ يقطع الثاني بخصومة الأول؛ لأن السارق الأول بمنزلة الغاصب.
وإن كان الأول قد قطعت يداه في السرقة لم تنعقد موجبة للقطع بوجهين: أحدهما: أن يد السارق لم يبقَ من الأيدي التي ذكرنا من ملك، أو ضمان وديعة، فخصومة من هذه صفته لا تعتبر في القطع.
وثانيهما: أن السرقة إنما تنعقد من جهة القطع إذا صادفت مالا معصوماً، ولم يبقَ المال معصوماً بعد القطع في حق المالك، ولا في حق السارق الأول، إلى هذا أشار في "المبسوط" و "الأسرار" و"المحيط". (نهاية)

(٢) فإنه يقطع من سرق منه بخصومته.

(٣) في ظاهر الرواية. (ع)

(٤) قوله: "اعتباراً" بجامع أن القطع حق الله تعالى، فلا يحتاج فيه إلى الخصومة، فكان ما قبل الارتفاع، وبعده سواء. (عناية)

(٥) قوله: "لأن البينة إلخ" وفي بعض النسخ: ولأن بالواو، ولكن نسخة شيخي بخطه بلا واو، وهو الأصح.(ن)

(٦) قوله: "وقد انقطعت إلخ" يعني أن السرقة تظهر بالبينة، والبينة حجة ضرورة قطع الخصومة، وهو بدونها متصور، وقد انقطعت بالرد إلى المالك، فانقطع شرط ظهور السرقة، فانقطع ظهورها، ولا قطع بدون ظهورها. (ع)

(٧) جواب عن اعتبار أبي يوسف.

(٨) قوله: "لانتهاء الخصومة" لأن المقصود بالخصومة استرداد المال إلى المالك، والشيء يتقرر بانتهاءه، لا أنه يبطل كالنكاح يتقرر بعد الموت، لا أنه يبطل. (ب)

(٩) أي فوهبه المالك وسلمه إياه. (ع)

(١٠) قوله: "معناه" إنما فسر المصنف كلام "الجامع الصغير" بهذا؛ لأن الهبة إذا لم تتصل بالتسليم والقبض

وقال زفر والشافعى: يقطع وهو رواية عن أبى يوسف؛ لأن السرقة قد تمت انعقادا[١] وظهوراً[٢]، وبهذا العارض[٣] لم يتبين قيام الملك وقت السرقة[٤]، فلا شبهة. ولنا أن الإمضاء[٥] من القضاء فى هذا الباب[٦]؛ لوقوع الاستغناء عنه[٧] بالاستيفاء؛ إذ القضاء للإظهار، والقطع حق الله تعالى وهو ظاهر عنده[٨]، وإذا كان كذلك[٩] يشترط قيام الخصومة عند الاستيفاء[١٠]، وصار كما إذ ملكها منه قبل القضاء[١١].

قال: وكذلك إذا نقصت قيمتها من النصاب[١٢] يعنى قبل الاستيفاء بعد القضاء، وعن محمد أنه يقطع، وهو قول زفر والشافعى؛ اعتباراً

لا يثبت الملك. (عناية)

(١) قوله: "انعقاداً" بأخذ مال الغير على وجه الخفية من حرز لا شبهة فيه؛ إذ وضع المسألة فى ذلك. (ع)

(٢) قوله: "وظهوراً" لأن الفرض أنه قضى عليه بالقطع، ولا يكون ذلك إلا بعد ظهورها. (ع)

(٣) أى ثبوت الملك للسارق بسبب الهبة أو البيع.

(٤) قوله: "وقت السرقة" احتراز عما إذا أقر المسروق منه به للسارق، فإن الإقرار يظهر ما كان ثابتاً للمقر له من الملك، فيلزمه ثبوت الملك للسارق وقت وجود السرقة، فيلزم الشبهة. (عناية)

(٥) قوله: "أن الإمضاء من القضاء" يعنى أن استيفاء القاضى الحد من تتمات القضاء كقوله: حكمت أو قضيت بهذه الدار. (نهاية)

(٦) أى باب الحدود. (ن)

(٧) أى عن القضاء. (ن)

(٨) قوله: "وهو ظاهر عنده" فلو لم يجعل الاستيفاء قضاء فى هذا الباب لعرى عن الفائدة بالكلية، وهو باطل، بخلاف حقوق العباد، فإن القضاء فيها يفيد إظهار الحق للطالب على المطلوب، فلا حاجة إلى جعل الإمضاء من تتمة القضاء هناك، فهذا وجه تفويض استيفاء الحدود إلى الأئمة دون سائر الحقوق. (عناية)

(٩) أى إذا كان الإمضاء من القضاء. (ب)

(١٠) قوله: "عند الاستيفاء" كما يشترط وقت ابتداء القضاء، وقد انتفى ذلك بالبيع والهبة، وهذا لأن ما يكون شرطا لوجوب القضاء يراعى وجوده إلى استيفاء القضاء؛ لأن المعترض قبل الاستيفاء كالمتصل بأصل السبب. (ع)

(١١) قوله: "وصار كما إذا ملكها منه قبل القضاء" يعنى صار الملك الحادث بعد القضاء قبل الاستيفاء كالملك الحادث قبل القضاء. (عناية)

(١٢) أى قبل الاستيفاء بعد القضاء. (ب)

بالنقصان فى العين(١). ولنا أن كمال النصاب لما كان شرطا يشترط قيامه عند الإمضاء؛ لما ذكرنا(٢)، بخلاف النقصان فى العين(٣)؛ لأنه مضمون عليه(٤)، فكمل النصاب عينا ودينا، كما إذا استهلك كله أما نقصان السعر غير مضمون فافترقا(٥).

وإذا ادعى السارق أن العين المسروقة ملكه سقط القطع عنه، و إن(٦) لم يقم بينة معناه(٧) بعد ما شهد الشاهدان بالسرقة. وقال الشافعى: لا يسقط بمجرد الدعوى؛ لأنه لا يعجز عنه سارق، فيؤدى إلى سد باب الحد(٨). ولنا أن الشبهة(٩) دارئة، ويتحقق بمجرد الدعوى للاحتمال(١٠)، ولا معتبر بما قال(١١): بدليل صحة الرجوع بعد الإقرار(١٢).

---

(١) بأن هلك دراهم من العشرة، أو استهلكه. (ب)

(٢) أراد به قوله: لأن الإمضاء من القضاء.

(٣) قوله: "بخلاف النقصان فى العين" سواء كان ذلك بفعله، أو لا. (د)

(٤) قوله: "لأنه مضمون عليه" فإن قلت: كيف يصح هذا؟ والسرقة غير مضمونة حتى لا يجب الضمان، ويسقط بالقطع مستنداً إلى ما قبل السرقة، قلت: هذا غير مفيد، فإن الضمان إنما يسقط لضرورة القطع، فلا يظهر فى حق تكميل النصاب. (ملا إله داد)

(٥) أى نقصان السعر ونقصان العين.

(٦) الواو وصلية.

(٧) قوله: "معناه [أى معنى كلام القدورى. ب]" إنما فسر ذلك احترازاً عما إذا فعل بعد الإقرار بالسرقة، فإنه ينسقط القطع اتفاقًا. (ب)

(٨) حيث لا يعجز سارق عنه. (ع)

(٩) قوله: "ولنا أن الشبهة" أى شبهة الملك دارئة للحد، وهى تتحقق بمجرد الدعوى. (د)

(١٠) أى لاحتمال دعواه الصدق. (ب)

(١١) قوله: "ولا معتبر بما قال" أى الشافعى من أنه لا يعجز عنه سارق، فإنا نقول: إن كان لا يعجز عنه سارق، فهو مسقط للقطع، فإن المقر إذا رجع، يدرأ عنه الحد، وما من مقر إلا ويتمكن من الرجوع، ثم صار ذلك معتبرا فى إيراث الشبهة، فكذا هذا. (نهاية)

(١٢) قوله: "بدليل صحة الرجوع بعد الإقرار" أى بالسرقة، وفيه نظر؛ لأن الإقرار حجة قاصرة، والبينة

وإذا أقرّ رجلان بسرقة[١]، ثم قال أحدهما: هو مالى لم يقطعا؛ لأن الرجوع عامل فى حق الراجع، ومورث للشبهة فى حق الآخر[٢]؛ لأن السرقة تثبت بإقرارهما على الشركة.

فإن سرقا ثم غاب أحدهما، وشهد الشاهدان على سرقتهما قطع الآخر[٣] فى قول أبى حنيفة الآخر، وهو قولهما، وكان يقول أولا: لا يقطع؛ لأنه لو حضر ربما يدعى الشبهة[٤]، وجه قوله الآخر: إن الغيبة تمنع ثبوتَ السرقة علىَ الغائب[٥]، فيبقى معدومًا، والمعدوم لا يورث الشبهة[٦]، ولا يعتبر[٧] توهم حدوث الشبهة على ما مر[٨].

وإذا أقر العبد المحجور عليه[٩] بسرقة عشرة دراهم بعينها، فإنه يقطع

حجة كاملة، كما عرف، ولا يلزم أن يكون مورث الشبهة فى القاصرة مورثة فى الكاملة. والجواب أن الكمال والقصور بالنسبة إلى التعدى إلى الغير وعدمه، وليس كلامنا فيه، وأما بالنسبة إلى المقر فهما سواء. (ب)

(١) مبناه على صحة الرجوع. (ع)

(٢) قوله: "فى حق الآخر" فإن قيل: قوله: هو مالى مورث للشبهة فى حق الراجع، فإذا كان شبهة فى حقه، يكون فى حق الآخر شبهة الشبهة، وهى غير معتبرة، قلنا: سقط القطع عن الراجع برجوعه، لا بطريق الشبهة، فاعتبرت شبهة فى حق الآخر. (ك)

(٣) أى الحاضر.

(٤) قوله: "ربما يدعى الشبهة [وهى دارئة للحد]" فلو قطعنا الحاضر قطعناه مع الشبهة كقصاص مشترك بين حاضر وغائب لا يكون للحاضر أن يستوفيه، كذا فى "المبسوط". (نهاية)

(٥) لأن القضاء على الغائب لا يجوز. (ب)

(٦) فى حق الموجود.

(٧) قوله: "ولا يعتبر [جواب عن قوله الأول] إلخ" لأن الشبهة هى المحققة دون الموهومة. (عناية)

(٨) يريد به قوله: ولا معتبر بشبهة موهومة. (ع)

(٩) قوله: "وإذا أقر العبد المحجور عليه إلخ" إنما قيد بهذين القيدين، فإنهم أجمعوا على أنه لو كان عبدا مأذونا له يقطع، وكذلك أجمعوا على أنه لو أقر بسرقة عشرة دراهم بغير عينها يقطع، وإن كان محجورًا، كذا ذكره صدر الإسلام فى "الجامع الصغير".

وحاصله: ما ذكره فى "المبسوط": فقال: وإذا أقر العبد بسرقة، فلا يخلو: إما يكون مأذونًا له، أو محجورًا، وكل وجه على وجهين: إما أن يكون المال مستهلكًا، أو قائما بعينه فى يده، فإن كان مأذونًا أقر

وترد السرقة[1] إلى المسروق منه، وهذا عند أبي حنيفة.

وقال أبو يوسف: يقطع والعَشرة للمولى، وقال محمد: لا يقطع، والعشرة للمولى، وهو قول زفر، ومعنى هذا[2] إذا كذّبه المولى.

ولو أقر بسرقة مال مستهلكٍ قطعت يده، ولو كان العبد مأذونًا له يقطع في الوجهين[3]، وقال زفر: لا يقطع في الوجوه كلها[4]؛ لأن الأصل عنده أن إقرار العبد على نفسه بالحدود والقصاص لا يصح؛ لأنه يرد على نفسه[5] وطرفه[6]، وكل ذلك مال المولى، والإقرار على الغير غير مقبول[7] إلا أن المأذون له يؤاخذ بالضمان[8]، والمال لصحة إقراره

بمستهلك، فعليه القطع عند علمائنا الثلاثة، وهو ضامن للمال. وإن كان المال قائمًا بعينه، يقطع يده، ويرد المال على المسروق منه عندنا، وقال زفر: يرد المال، ولا يقطع وإن كان محجورًا عليه، فإن أقر بسرقة مستهلك، قطعت يده إلا على قول زفر. وإن أقر بسرقة مال قائم بعينه، فعلى قول أبي حنيفة: يقطع، ويرد المال، وعلى قول أبي يوسف: يقطع، والمال للمولى، وعند محمد وزفر: لا يقطع يده، والمال للمولى.

وذكر في "الفوائد الظهيرية": أن حاصل الخلاف راجع إلى حرف، وهو أن القطع أصل، والمال تبع، أو كل واحد منهما أصل، فقال أبو حنيفة: القطع أصل، والمال تبع بدليل أنه لو قال: أبغي المال، ولا أبغي القطع، لا يسقط القطع، وبدليل أنه يبطل بالتقادم. وقال أبو يوسف: كل ما منهما أصل، أما أصالة المال، فلما قاله محمد، أما أصالة القطع تبع فيما قالوا في الحر: إذا أقر سرقت هذا المال من زيد، وهو في يد عمرو، وكذبه عمرو، ويصح إقراره في حق القطع دون المال.

وقال محمد: المال أصل، والقطع تبع، فإنه إذا سرق دون العشرة لا يقطع، والخصومة شرط للقطع، ولولا أن المال أصل لوجب القطع بدون الخصومة. وقال الطحاوي: سمعت أستاذي ابن أبي عمر يقول: الأقاويل الثلاثة كلها مروية عن أبي حنيفة، وهذا من مناقبه حيث لم يضيع قولا. (نهاية)

(١) أي الدراهم المسروقة.

(٢) قوله: "ومعنى هذا" أي ومعنى قول محمد: والعشرة للمولى إذا كذبه المولى، بأن يقول: المال مالي، فالعشرة له، ولا يقطع العبد. (ب)

(٣) أي فيما إذا كان المال بعينه، وفيما إذا كان مستهلكًا. (عناية)

(٤) سواء كان محجورًا أو مأذونًا، وسواء كان المال قائمًا أو مستهلكًا. (ع)

(٥) فيما إذا أقر بقتل الغير عمدًا. (ن)

(٦) فيما إذا أقر بالسرقة. (ن)

(٧) قوله: "والإقرار على الغير غير مقبول" ألا ترى أنه لو أقر برقبة الإنسان، كان إقراره باطلا. (ن)

به[١]؛ لكونه مسلّطًا عليه من جهته[٢]، والمحجور عليه لا يصح إقراره بالمال أيضًا. ونحن نقول: يصح إقراره من حيث إنه آدمي، ثم يتعدى إلى المالية[٣]، فيصح من حيث إنه مال، ولأنه لا تهمة في هذا الإقرار؛ لما يشتمل عليه من الإضرار[٤]، ومثله[٥] مقبول[٦] على الغير.

لمحمد في المحجور عليه أن إقراره بالمال باطل، ولهذا[٧] لا يصح منه الإقرار بالغصب، فيبقى مال المولى، ولا قطع على العبد في سرقة مال المولى يؤيده أن المال أصل فيها[٨]، والقطع تابع حتى تسمع الخصومة فيه بدون القطع[٩]، ويثبت المال دونه[١٠]، وفي عكسه[١١] لا تسمع، ولا يثبت، وإذا بطل فيما هو الأصل بطل في التبع، بخلاف المأذون[١٢]؛

---

(٨) أي فيما إذا استهلك. (ن)

(١) أي فيما إذا كان قائمًا. (ن)

(٢) أي المولى. (ب)

(٣) قوله: "ثم يتعدى إلى المالية" يعني لما صح إقراره على نفسه لضرورة أنه آدمي تعدى صحة إقراره إلى المالية. (ن)

(٤) أي على العبد. (ب)

(٥) أي مثل ما كان الإقرار إضرارًا على المقر. (ب، د)

(٦) أي بطريق التبعية.

(٧) قوله: "ولهذا" أي ولأجل بطلان إقراره بالمال لا يصح من العبد الإقرار بالغصب، وإذا لم يصح إقراره بالسرقة يبقى المال للمولى. (بناية)

(٨) أي في السرقة.

(٩) مثل أن يقول: أطلب المال دون القطع. (ع)

(١٠) قوله: "ويثبت المال بدونه" كما إذا شهد رجل وامرأتان، أو أقر بالسرقة، ثم رجع، فإنه يضمن المال ولا يقطع. (عناية)

(١١) بأن قال: أطلب القطع دون المال. (ع)

(١٢) دفع دخل.

لأن إقراره بالمال الذي في يده صحيح، فيصح[١] في حق القطع تبعًا.

ولأبي يوسف أنه أقر بشيئين: بالقطع، وهو على نفسه، فيصح[٢] على ما ذكرناه[٣]، وبالمال، وهو على المولى، فلا يصح في حقه فيه[٤]، والقطع يستحق بدونه[٥]، كما إذا قال الحر: الثوب الذي في يد زيد سرقتُه من عمرو، وزيد يقول: هو ثوبي يقطع يد المقر، و إن[٦] كان لا يصدّق في تعيين الثوب، حتى لا يؤخذ من زيد[٧]. ولأبي حنيفة أنّ الإقرار بالقطع قد صح منه؛ لما بينا[٨]، فيصح بالمال بناءً عليه[٩]؛ لأن الإقرار يلاقي حالة البقاء[١٠]، والمال في حالة البقاء تابع للقطع حتى تُسقط[١١] عصمة المال باعتباره[١٢]، ويستوفي القطع[١٣] بعد استهلاكه.

---

(١) بناء على أن المال أصل عنده.

(٢) في تحقيق مذهب محمد.

(٣) في رد مذهب زفر.

(٤) قوله: "حقه فيه" أي فلا يصح إقرار العبد في حق المولى في المال. (ع)

(٥) أي المال؛ لأن أحد الحكمين ينفصل عن الآخر. (ع)

(٦) الواو وصلية.

(٧) ولا يرد الثوب على عمرو.

(٨) قوله: "لما بينا" إشارة إلى قوله: ونحن نقول: يصح إقراره من حيث إنه آدمي. (عناية)

(٩) لأن القطع أصل عنده.

(١٠) قوله: "لأن الإقرار يلاقي حالة البقاء" لأن الإقرار إخبار من أمر قد كان، فلا بد أن يتحقق ذلك الشيء، حتى يتصور الإقرار والإخبار منه. (كفاية)

(١١) بالرفع لأن حتى بمعنى الفاء. (ع)

(١٢) قوله: "باعتباره" أي اعتبار القطع لما سيأتي من أصلنا: أن الضمان والقطع لا يجتمعان، ثم سقوط العصمة، والتقوم في حق السارق يدل على أن المال تبع، فإنه لو كان أصلا لما تغير حاله من حال الابتداء الذي هو التقوم إلى غير التقوم. (نهاية)

(١٣) وهذا أيضًا يدل على أن القطع هو الأصل. (ن)

بخلاف مسألة الحر[1]؛ لأن القطع إنما تجب بالسرقة من المودعْ، أما لا يجب بسرقة العبد مال المولى فافترقا، ولو صدقه المولى يقطع في الفصول كلّها لزوال المانع[2]. قال: وإذا قطع السارق، و العين[3] قائمة في يده ردت إلى صاحبها[4]؛ لبقاءها على ملكه، وإن كانت مستهلكة لم يضمن، وهذا الإطلاق[5] يشمل الهلاك والاستهلاك، وهو رواية أبي يوسف عن أبي حنيفة وهو المشهور، وروى الحسن[6] عنه أنه يضمن بالاستهلاك[7]. وقال الشافعي: يضمن فيهما[8]؛ لأنهما[9] حقان، قد اختلف سبباهما، فلا يمتنعان[10]، فالقطع حق الشرع، وسببُه ترك الانتهاء عما نهى عنه[11]، والضمان حق العبد، وسببه أخذ المال، فصار كاستهلاك

---

(١) قوله: "بخلاف مسألة الحر [وهي ما استشهد بها أبو يوسف. ن]" بيانه أن هذه المسألة ليست نظير تلك المسألة؛ لأنه ليس من ضرورة كونه مسروقًا، عن شخص كونه مالكًا؛ لجواز أن يكون مودعًا فيقطع؛ لأن القطع يجب بالسرقة عن المودع أيضًا، وإن لم يرد إليه المال، وأما ههنا فلو رد المال إلى المسروق منه، لزم أن يكون ذلك المال مال المولى فحينئذٍ لا يجب القطع. (بناية)

(٢) سواء كان محجوراً أو مأذونًا، وسواء كان المال قائمًا أو مستهلكًا. (ب)

(٣) الواو حالية.

(٤) هذا باتفاق أهل العلم.(ب)

(٥) قوله: "وهذا الإطلاق" أي إطلاق القدوري في "مختصره" بقوله: إن كانت هالكة؛ لأنه لم يجب الضمان في الاستهلاك، ففي الهلاك أولى. (بناية)

(٦) ابن زياد من تلامذة الإمام.

(٧) دون الهلاك.

(٨) قوله: "وقال الشافعي: يضمن فيهما" لأنهما حقان مختلفان محلا ومستحقًا وسببًا، فمحل القطع اليد، ومستحقه هو الله تعالى، وسببه السرقة، ومحل الضمان الذمة، ومستحقه المسروق منه، وسببه إدخال النقصان عليه بأخذ المال، فوجوب أحدهما لا يمنع الآخر. (ن)

(٩) أي القطع والضمان. (ب)

(١٠) لا يمتنع أحدهما بالآخر. (ب)

(١١) وهو السرقة قال الله تعالى: ﴿والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما جزاءً بما كسبا نكالا من الله﴾.

صيد مملوك فى الحرم[(١)]، أو شرب خمر مملوكة للذمى[(٢)].

ولنا قوله عليه السّلام[(٣)]: «لا غُرم على السارق بعد ما قطعت يمينه»[(٤)]*، ولأن وجوب الضمان ينافى القطع؛ لأنه[(٥)] يتملكه بأداء الضمان مستندا إلى وقت الأخذ[(٦)]، فتبين أنه ورد على ملكه، فينتفى القطع للشبهة، وما يؤدى إلى انتفاءه[(٧)]، فهو المنتفى، ولأن المحل[(٨)] لا يبقى معصومًا حقًا للعبد؛ إذ لو بقى لكان مباحًا فى نفسه[(٩)]، فينتفى القطع للشبهة، فيصير محرمًا حقًا للشرع كالميتة[(١٠)]، ولا ضمان فيه، إلا أن

---

(١) من حيث إنه يجب قيمته للمالك، وقيمة أخرى جزاء. (ن)

(٢) يعنى على أصلنا، فإن ضمان الخمر بالاستهلاك لا يجب عنده. (ع)

(٣) قوله: "ولنا قوله عليه السلام" قلت: رواه الطبرى فى "تهذيب الآثار" موصولا، فقال: حدثنا أحمد الترمذى قال: حدثنا سعيد بن كثير عن يونس بن يزيد عن سعد بن إبراهيم حدثنى أخو المسور بن إبراهيم عن أبيه عن عبد الرحمن بن عوف أن رسول الله قال: «إذا أقيم الحد على السارق فلا غرم عليه».
وأخرجه أبو عمرو بن عبد البر من طريق ابن جرير الطبرى، وهذا المسور وأبوه على شرط البخارى، ثم قال ابن جرير: ما ملخصه بيان صحة قول من لم يضمن بعد الحد، وبيان فساد قول من قال: بالتضمين.
ثم حكى عدم التضمين عن ابن سيرين والنخعى والشعبى وقتادة والحسن، فقال: وعلتهم الأثر مع القياس، وإجماعهم على أن أهل العدل إذا ظهروا على الخوارج لم يغرموا ما استهلكه الخوارج، وكذا قطاع الطريق، وقال: وهذا هو الصواب؛ لقوله تعالى: ﴿فاقطعوا أيديهما جزاء بما كسبا﴾، فلم يأمر بالتغريم، ولو كان لازمًا لذكره. (عينى)

(٤) غريب بهذا اللفظ، ومعناه أخرجه النسائى والطبرانى. (عينى)

* راجع نصب الراية ج٣ ص٣٥٧، والدراية ج٢، الحديث ٦٨٩ ص١١٣. (نعيم)

(٥) أى السارق.

(٦) أى أخذ الشيء المسروق.

(٧) قوله: "وما يؤدى إلى انتفاءه فهو المنتفى" يعنى أن وجوب الضمان مستلزم لانتفاء القطع، وانتفاء القطع منتفٍ، فيبقى الضمان بالضرورة؛ لأن انتفاء اللازم يدل على انتفاء الملزوم. (ك)

(٨) المسروق.

(٩) قوله: "إذ لو بقى لكان مباحًا فى نفسه" لأنه عرف بالاستقراء أن ما هو حرام حقًا للعبد، فهو مباحٍ فى نفسه، فكان المال للسارق حرامًا من وجه دون وجه، فينتفى القطع لشبهة كونه مباحًا فى نفسه، وإذا لم يبق معصومًا حقًا للعبد، فيصير محرمًا حقًا للشرع كالميتة، ولا ضمان فى المحرم حقًا للشرع. (بناية)

(١٠) فينتقل العصمة إلى الله تعالى.

العصمة[١] لا يظهر سقوطها فى حق الاستهلاك؛ لأنه فعل آخر غير السرقة، ولا ضرورة فى حقه[٢]، وكذا الشبهة[٣] تعتبر فيما هو السبب[٤] دون غيره[٥]. ووجه المشهور[٦] أن الاستهلاك إتمام المقصود، فيعتبر الشبهة فيه[٧]، وكذا يظهر سقوط العصمة فى حق الضمان؛ لأنه[٨] من ضرورات سقوطها فى حق الهلاك لانتفاء المماثلة[٩].

قال: ومن سرق سرقات، فقطع فى إحداها فهو لجميعها[١٠]، ولا يضمن شيئًا عند أبى حنيفة، وقالا: يضمن كلّها إلا التى قطع لها، ومعنى المسألة إذا حضر أحدهم[١١]، فإن حضروا جميعًا، وقطعت يده

---

(١) قوله: "إلا أن العصمة إلخ" جواب سؤال مقدر، تقريره أن العصمة لما انتقلت إلى الله تعالى، فصار المال المسروق كالميتة والخمر وجب أن لا يجب الضمان عند الاستهلاك أيضًا، وقد روى الحسن عن أبى حنيفة وجوبه فيه. (ب)

(٢) قوله: "ولا ضرورة فى حقه" يعنى أن سقوط العصمة إنما كان لضرورة تحقق القطع، وما ثبت بالضرورة يقتصر على محله، ولا يتعدى إلى فعل آخر، وهو الاستهلاك؛ لأنه ليس بالقطع، ولا من لوازمه. (عناية)

(٣) وهو كونه حرامًا لغيره. (ع)

(٤) أى السرقة.

(٥) قوله: "دون غيره" لأن اعتبار الشبهة إنما يكون لأن يجعل السبب الموجب للحد غير موجب له احتيالا، لا للدرء، والاستهلاك ليس بسبب، فلا يعتبر فيه الشبهة. (عناية)

(٦) قوله: "ووجه المشهور" وهو عدم وجوب الضمان فى الاستهلاك كالهلاك. (عناية)

(٧) لأنه إنما سرق ليصرفه إلى بعض حوائجه. (ب)

(٨) قوله: "لأنه إلخ" معناه سقوط العصمة فى فصل الاستهلاك لازم من لوازم سقوطها فى الهلاك؛ إذ لو لم يكن كذلك لكانت العصمة باقية فى الاستهلاك دون الهلاك، وهو غير صحيح؛ لأن الضمان يستوجب المماثلة، وهى منتفية؛ لأن المسروق مال معصوم فى الاستهلاك دون الهلاك على هذا التقدير، والمضمون به معصوم مطلقًا على كل حال، ولا مماثلة بين المعصوم فى الحالتين، والمعصوم فى حالة واحدة. (عناية)

(٩) بين المال المسروق وبين الضمان.(ب)

(١٠) أى بالاتفاق. (ب)

(١١) أى أحد أرباب السرقات.

لخصومتهم لا يضمن شيئًا بالاتفاق[١] فى السرقات كلها.

لهما[٢] أن الحاضر ليس بنائب عن الغائب[٣]، ولا بد من الخصومة لتظهر السرقة، فلم تظهر السرقة من الغائبين، فلم يقع القطع لها، فبقيت أموالهم معصومة[٤]. وله أن الواجب بالكل قطع واحد حقًا لله تعالى؛ لأن مبنى الحدود على التداخل[٥]، والخصومة شرط الظهور[٦] عند القاضى، أما الوجوب بالجناية، فإذا استوفى[٧] فالمستوفى كل الواجب.

ألا ترى أنه[٨] يرجع نفعه إلى الكل، فيقع عن الكل[٩]، وعلى هذا الخلاف[١٠] إذا كانت النُصُب[١١] كلها لواحد، فخاصم فى البعض.

---

(١) بين أبى حنيفة وصاحبيه.

(٢) قوله: "لهما" تقريره أن الحاضر ليس بنائب عن الغائب، ومن ليس بنائب عن الغائب ليس له خصومة فى حق الغائب. (ع)

(٣) حتى يجعل خصومته خصومتهم. (ب)

(٤) والمال المعصوم مضمون لا محالة. (ع)

(٥) قوله: "لأن مبنى الحدود على التداخل" معنى التداخل الاكتفاء بحد، فإذا وجد القطع، وقع عن الكل. (ك)

(٦) قوله: "شرط الظهور" أى شرط ظهور السرقة عند القاضى؛ ليتمكن من استيفاء القطع، وإذا لم يكن الخصومة شرطًا؛ لكون السرقة موجبة للقطع أوجب كل واحد من السرقات قطعًا، ويصير موجب الكل واحدا، فمتى ظهرت سرقة واحدة عند القاضى، استوفى القطع، فقد استوفى قطعا هو موجب كل السرقات غير أنه لم يكن عالمًا به، ثم إذا ظهرت السرقات الأخر، ظهر أن ما استوفاه كان موجبًا للكل، والقطع الذى هو موجب السرقة متى ترتب عليها انتفى الضمان. (د)

(٧) يعنى ذلك القطع الواجب.

(٨) وهو الانزجار. (ب)

(٩) قوله: "فيقع عن الكل" فإن قيل: الحكم الثابت بطريق الضرورة لا تربو على الحكم الثابت صراحة، ثم القطع يتضمن البراءة عن ضمان السرقة، ولو أبرأه الواحد عن ضمان الكل صراحة لا يبرأ، فكذلك ينبغى أن لا يبرأ، إذا ثبت ضمنًا. قلت: كم من شيء يثبت ضمنًا، ولا يثبت قصداً كبيع الشرب، ووقف المنقول، وههنا لما وقع القطع عن الحكم بالإجماع تبعه ما هو الثابت فى ضمنه، وهو سقوط الضمان. (نهاية)

(١٠) قوله: "وعلى هذا الخلاف إلخ" يعنى لو سرق النصب من واحد مرارًا، ثم قطع لأجل نصاب واحد، بأن خاصمه فيه، فعنده لا يضمن النصب الباقية، وعندهما يضمن. (نهاية)

باب ما يُحدث السارق فى السرقة[١]

ومن سرق ثوبًا[٢]، فشقه فى الدار بنصفين، ثم أخرجه، وهو[٣] يساوى عشرة دراهم قطع. وعن أبى يوسف أنه لا يقطع؛ لأن له فيه سبب الملك[٤]، وهو الخرق الفاحش، فإنه يوجب القيمة[٥]، وتملّكَ المضمون، وصار كالمشترى[٦] إذا سرق مبيعًا فيه خيار للبائع. ولهما[٧]: أن الأخذ[٨] وضع سببًا للضمان، لا للملك، وإنما الملك يثبت ضرورة أداء الضمان؛ كى لا يجتمع البدلان[٩] فى ملك واحد، ومثله[١٠] لا يورث الشبهة كنفس الأخذ[١١]، وكما إذا سرق البائع معيبًا باعه[١٢]، بخلاف[١٣] ما ذكر؛ لأن

---

(١١) بضم النون والصاد جمع نصاب. (ب)

(١) قوله: "باب ما يحدث [بضم الياء] إلخ" لما ذكر أحكام السرقة وكيفية القطع، ذكر فى هذا الباب ما يسقط به القطع بسبب إحداث الصنعة. (ن)

(٢) قوله: "ومن سرق ثوبًا نشقه إلخ" قيد بقيدين؛ لأنه إذا أخرجه غير مشقوق، وهو يساوى عشرة دراهم، ثم شقه، ونقصت قيمته بالشق من العشرة، فإنه يقطع قولا واحداً، ولو شق فى الدار، ونقصت قيمته عن العشرة، ثم أخرجه لم يقطع؛ لأن السرقة قد تمت على النصاب الكامل فى الأول دون الثانى. (عناية)

(٣) الواو حالية.

(٤) فأورث ذلك شبهة.

(٥) قوله: "فإنه يوجب القيمة" ولهذا قلنا: المالك بعد الشق بالخيار إن شاء ملك الثوب بالضمان لانعقاد سبب الملك؛ لأنه لو لم ينعقد لما وجب التمليك. (ب)

(٦) قوله: "وصار كالمشترى [بالكسر فإنه لا يقطع. ب] إلخ" والجامع بينهما هو أن السرقة تمت على عين غير مملوك للسارق، ولكن ورد عليه سبب الملك. (ك)

(٧) قوله: "ولهما" تقريره أنا لا نسلم أن له فيه سبب الملك؛ لأن الأخذ المعهود ليس بموضوع له، وإنما هو موضوع سببًا للضمان، فكان له سبب الضمان، لا سبب الملك. (عناية)

(٨) أى هذا الأخذ فاللام للعهد. (ع)

(٩) فيه تغليب، فإن المسروق مبدل، والقيمة بدله. (ن)

(١٠) أى مثل هذا الأخذ الذى هو سبب للضمان. (ع)

(١١) قوله "كنفس الأخذ" فإنه مثل الشق فى أنه يحتمل أن يجعل سببًا للملك، ومع هذا لم يعتبرالأخذ شبهة. (ن)

(١٢) قوله: "معيبًا باعه" ولم يعلم المشترى بالعيب، فإنه يقطع، وإن انعقد سبب الرد، وهو العيب، فكذلك ههنا يقطع، وإن انعقد سبب الضمان، وهو الشق. (عناية)

البيع موضوع لإفادة الملك، وهذا الخلاف[١] فيما إذا اختار تضمين النقصان[٢]، وأخذ الثوب، فإن اختار تضمين القيمة، وتركَ الثوب عليه لا يُقطع بالاتفاق[٣]؛ لأنه ملكه مستنِداً إلى وقت الأخذ، فصار كما إذا ملكه بالهبة[٤]، فأورث شبهة[٥]، وهذا كله[٦] إذا كان النقصان فاحشًا، فإن كان يسيراً يقطع بالاتفاق لانعدام سبب الملك؛ إذ ليس له[٧] اختيار تضمين كل القيمة. وإن سرق شاة فذبحها، ثم أخرجها لم يقطع؛ لأن السرقة تمت على اللحم[٨]، ولا قطع فيه، ومن سرق ذهبًا أو فضة يجب فيه القطع، فصنعه دراهم أو دنانير قطع فيه، وترد الدراهم والدنانير إلى المسروق منه، وهذا عند أبى حنيفة. وقالا: لا سبيل للمسروق منه عليهما[٩]، وأصله فى الغصب[١٠]، فهذه صنعة متقومة عندهما، خلافًا له[١١]. ثم وجوب الحد لا

---

(١٣) جواب عن قياس أبي يوسف. (ب)

(١) بين الطرفين وأبى يوسف.

(٢) قوله: "فيما إذا اختار [أى المالك] إلخ" لا يقال: الأصل عندكم أن القطع والضمان لا يجتمعان، فإذا اختار تضمين النقصان، فكيف يقطع؛ لأن ضمان النقصان وجب بجناية أخرى قبل الإخراج، وهى ما فات من العين، والقطع بإخراج الباقى. (عناية)

(٣) بين الطرفين وأبى يوسف.

(٤) قوله: "فصار كما إذا ملكه بالهبة" فإنه إذا وهب له بعد تمام السرقة يسقط القطع، فلأن لا يجب إذا ملكه قبل تمام السرقة أولى. (عناية)

(٥) وهى دارئة للحد.

(٦) قوله: "وهذا كله" أى هذا الخلاف مع هذه التفصيلات إذا كان النقصان فاحشًا، وهو الذى يفوت به بعض العين، وبعض المنفعة، فإن كان يسيراً، وهو ما يفوت به شىء من المنفعة على ما هو الصحيح على ما سيجىء تمام الكلام فى تفسير الفاحش واليسير فى كتاب الغصب. (ع)

(٧) أى للمالك.

(٨) لا على الشاة.

(٩) قوله: "عليهما" أى الدراهم والدنانير، وفى نسخة شيخى عليهما، وهو أحسن. (بناية)

(١٠) قوله: "وأصله فى الغصب" أى أصل الخلاف فى الغصب، فهذه الصفة لا ينقطع بها حق المالك عنده فى الغصب، خلافًا لهما، فكذا فى السرقة. (ب)

يشكل على قوله؛ لأنه[1] لم يملكه، وقيل: على قولهما لا يجب؛ لأنه ملكه[2] قبل القطع، وقيل: يجب؛ لأنه صار بالصنعة شيئًا آخر[3]، فلم يملك عينه[4]. فإن سرق ثوبًا، فصبغه أحمر[5] قطع، ولم يؤخذ منه الثوب، ولم يضمن قيمة الثوب، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف. وقال محمد: يؤخذ منه الثوب، ويعطى ما زاد الصبغ فيه؛ اعتبارًا بالغصب[6]، والجامع بينهما كون الثوب أصلا قائمًا، وكون الصبغ تابعًا. ولهما: أن الصبغ قائم صورة ومعنى[7]، حتى لو أراد[8] أخذه مصبوغًا يضمن ما زاد الصبغ فيه، وحق المالك في الثوب قائم صورةً[9] لامعنًى. ألا ترى[10] أنه غير مضمون على السارق بالهلاك، فرجحنا جانب السارق[11]، بخلاف

---

(١١) قوله: "خلافًا له" لهما أن هذه الصنعة تبدل العين اسمًا وحكمًا ومقصودًا، وكل ما كان كذلك ينقطع به حق المالك، كما إذا كان المغصوب صفرًا، فضربه قمقمة. وله أن عين المسروق باقٍ، والصنعة الحادثة، والاسم الحادث ليسا بلازمين، فإن إعادتها إلى الحالة الأولى ممكنة. (ع)

(١) أي السارق لا يملك المسروق بجعله دراهم أو دنانير، فيجب القطع لا محالة.

(٢) أي بجعله دراهم أو دنانير؛ لأن هذه الصنعة عندهما تبديل.

(٣) بل إنما ملك المضروب. (كفاية)

(٤) قوله: "فلم يملك عينه" أي عين المسروق، وفي بعض النسخ عينهما أي عين الذهب والفضة، وإنما ملك شيئًا غيرهما، فإن الأعيان تتبدل بتبدل الصفات، أصله حديث بريرة. (ع)

(٥) قوله: "فصبغه أحمر" قال صاحب "النهاية": صورة المسألة سرق ثوبًا، فقطع فيه، ثم صبغه أحمر، فإن لفظ رواية "الجامع الصغير": محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في السارق يسرق الثوب، فتقطع يده، وقد صبغ الثوب أحمر، قال: ليس لصاحبه عليه سبيل، وهذا كما ترى ليس فيه ما يدل على قوله: ثم صبغه؛ لأن الواو للحال، وهي لا تدل على التعقيب. (عناية)

(٦) قوله: "اعتبارًا بالغصب" يعني أن محمدًا قاس هذه المسألة على مسألة الغصب، فإنه لو غصب رجل ثوب إنسان، فصبغه أحمر يؤخذ منه الثوب، ويعطى ما زاد الصبغ فيه، والعلة المشتركة بين المقيس والمقيس عليه أن الثوب أصل، والصبغ وصف قائم به تابع، فلا يفوت الأصل بالوصف. (مولوى عبد الحى نور الله مرقده)

(٧) أما صورة: فظاهر، وأما معنى: فما بينه بقوله: حتى إذا. (ع)

(٨) قوله: "حتى لو أراد" يعني لو أراد المالك أخذ الثوب حال كونه مصبوغًا يضمن به ما زاد الصبغ فيه. (بناية)

(٩) لتمكنه من الاسترداد. (ع)

(١٠) بيان لقوله: لا معنى.

(١١) قوله: "فرجحنا جانب السارق" لأن مراعاة ما هو قائم صورة ومعنى أولى من مراعاة ما هو قائم

الغصب؛ لأن حق كل واحد منهما قائم صورة ومعنى[١] فاستويا من هذا الوجه، فرجحنا جانب المالك بما ذكرنا[٢]. وإن صبغه[٣] أسود أخذ منه فى المذهبين يعنى عند أبى حنيفة ومحمد وعند أبى يوسف هذا[٤] والأول سواء؛ لأن السواد زيادة عنده كالحمرة وعند محمد زيادة أيضًا كالحمرة، ولكنه لا يقطع حق المالك[٥]، وعند أبى حنيفة السواد نقصان فلايوجب انقطاع حق المالك[٦].

باب قطع الطريق[٧]

قال[٨]: وإذا خرج جماعة[٩] ممتنعين، أو واحد يقدر على الامتناع، فقصدوا قطع الطريق، فأخذوا قبل أن يأخذوا مالا، ويقتلوا نفسًا حبسهم

صورة، لا معنى، فصار كالموهوب له إذا صبغ الثوب أحمر يقطع حق الواهب. (ب)

(١) قوله: "لأن حق كل واحد منهما قائم صورة ومعنى" فإن الصبغ والثوب موجودان صورة ومعنى. (ن)

(٢) أى عن كون الثوب أصلا. (ك)

(٣) أى السارق.

(٤) أى الحكم فى الصبغ بالسواد والحمرة سواء، وهو أنه لا يؤخذ من السارق. (ب)

(٥) لما مر أن الصبغ تابع. (ب)

(٦) فلم يكن فيه حق السارق قائمًا معنى فاستويا، فرجح حق المالك. (ع)

(٧) قوله: "باب قطع الطريق" قدم السرقة الصغرى على الكبرى؛ لأن الصغرى أكثر وقوعًا، أما تسمية قطع الطريق سرقة، فلأن قاطع الطريق يأخذ المال خفية من أعين الإمام الذى على حفظ الطريق، وأما كونه كبرى: فكون ضررها يعم عامة المسلمين، ولأن موجبه أغلظ. واعلم أن لقطع الطريق شرائط:

الأول: أن يكون لهم شوكة وقوة، بحيث لا يمكن للمارة المقاومة معهم، وقطعوا الطريق سواء كانت بالسلاح، أو بالعصا الكبير، أو الحجر، أو غيرها.

والثانى: أن يكون خارج المصر بعيدًا عنه، وفى "شرح الطحاوى": أن يكون بينه وبينهم مسيرة سفر.

والثالث: أن يكون فى دار الإسلام.

الرابع: أن يكون المأخوذ قدر النصاب، وبه قال الشافعى وأحمد، وقال مالك وأبو ثور: لا يشترط النصاب.

والخامس: أن يكون القطاع كلهم أجانب في حق أصحاب الأموال، حتى إذا كان فيهم ذا رحم محرم، أو صبيًا، أو مجنونًا لا يجب عليهم القطع، خلافًا لأبى يوسف. والسادس: أن يؤخذوا قبل التوبة، حتى إذا أخذوا بعد التوبة، سقط عنهم الحد. (ب)

(٨) أى القدورى. (ب)

(٩) قوله: "وإذا خرج جماعة" يتناول المسلم والذمى والحر والعبد. (ب)

الإمام[١]، حتى يحدثوا توبة، وإن أخذوا مال مسلم، أو ذمي، والمأخوذ[٢] إذا قسم على جماعتهم أصاب كل واحد منهم عشرة دراهم فصاعدًا، أو ما تبلغ قيمته ذلك، قطع الإمام أيديهم[٣] وأرجلهم من خلاف[٤]، وإن قتلوا ولم يأخذوا مالا، قتلهم الإمام حدًا[٥]. والأصل فيه[٦] قوله تعالى: ﴿إنما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله﴾ الآية، والمراد منه[٧] -والله أعلم- التوزيع على الأحوال، وهي أربعة هذه[٨] الثلاثة المذكورة، والرابعة[٩] نذكرها -إن شاء الله تعالى- ولأن الجنايات تتفاوت على الأحوال، فاللائق تغلظ الحكم بتغلظها[١٠]. أما الحبس في الأولى: فلأنه المراد[١١] بالنفي المذكور لأنه نفي عن وجه الأرض بدفع شرهم عن

---

(١) قوله: "حبسهم الإمام [جواب إذا]" وهو المراد بالنفي المذكور في قوله تعالى: ﴿إنما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون في الأرض فسادًا أن يقتلوا أو يصلبوا أو تقطع أيديهم وأرجلهم من خلاف أو ينفوا من الأرض﴾. (ب)

(٢) أي المال المأخوذ.

(٣) جواب قوله: وإن أخذوا.

(٤) بقطع اليمين من الأيدي، واليسار من الرجل. (ب)

(٥) قوله: "قتلهم الإمام حدًا" حتى لا يسقط القتل بعفو الأولياء. (عناية)

(٦) أي في حد قطاع الطريق.

(٧) قوله: "والمراد منه [إشارة إلى أن أو للتقسيم، لا للتخيير. ب]" فيه إشارة إلى نفي لقول مالك: أن الإمام مخير بين هذه الأشياء؛ نظرًا إلى ظاهر كلمة أو. (عناية)

(٨) قوله: "هذه الثلاثة" يعني قوله: فأخذوا قبل أن يأخذوا مالا ويقتلوا نفسًا، وقوله: وإن أخذوا مال مسلم أو ذمي، وقوله: وإن قتلوا ولم يأخذوا مالا. (عناية)

(٩) من القتل وأخذ المال. (ع)

(١٠) قوله: "فاللائق تغلظ الحكم بتغلظها" لا التخيير؛ لأنه مستلزم مقابلة الجناية الغليظة بالجزاء الخفيف، أو بالعكس، وهو خلاف مقتضى الحكمة. (ب)

(١١) قوله: "فلأنه [أي الحبس. ب] المراد إلخ" قلت: قد يطلق النفي على التعدية أيضًا، لكن المراد ههنا هو الحبس؛ لقوله تعالى: ﴿من الأرض﴾، فإن النفي عن جنس الأرض، إنما يتحقق إذا حبس؛ لأن في التغريب نفي

أهلها، ويعزرون أيضًا لمباشرتهم منكر الإخافة[(١)]، وشرط[(٢)] القدرة على الامتناع؛ لأن المحاربة لا تتحقق إلا بالمَنَعَة[(٣)]، والحالة الثانية[(٤)]؛ كما بيناها[(٥)] لما تلوناه[(٦)].

وشرط[(٧)] أن يكون المأخوذ مال مسلم، أو ذمى؛ لتكون العصمة مؤبدة[(٨)]، ولهذا[(٩)] لو قطع الطريق على المستأمن لا يجب القطع، وشرط كمال النصاب[(١٠)] فى حق كل واحد كى لا يستباح طرفه[(١١)] إلا بتناوله ما له خطر[(١٢)]، والمراد قطع اليد اليمنى والرِجل اليسرى، كى لا يؤدى[(١٣)] إلى

عن الأرض المعهود لا عن جنسه. (ملا إله داد)

(١) قوله: "منكرًا لإخافة [مصدر أخاف يخيف. ب]" التعزير إنما يجب فى جناية ليس فيها حد، وقد جعل الحبس جزاء للإخافة، فلا وجه لإيجاب التعزير معه. وما قال فى الحاشية: إن الحبس جزاء المحاربة، وهو حق الله تعالى، والتعزير جزاء الإخافة، ففيه نظر؛ لأنهم إذا خرجوا ولم يأخذوا مالا، ولم يقتلوا نفسًا، فليست إلا الإخافة على ما نص عليه الإمام فخر الإسلام إلا أن يقال: لما وجد ههنا جنايتان: الخروج مع قصد قطع الطريق، والإخافة، وشرع الحبس جعلناه لأحدهما، وأوجبنا التعزير للآخر. (ملا إله داد)

(٢) القدورى.

(٣) قوله: "لا يتحقق إلا بالمنعة" لأنه إذا لم يكن لهم منعة وقوة على قطع الطريق لا يسمون قطاع الطريق، بل هم لصوص دائرون يترقبون الغفلة من الناس. (بناية)

(٤) أى إذا أخذوا المال ولم يقتلوا. (ن)

(٥) أى حكمًا من قطع أيديهم وأرجلهم من خلاف. (ب)

(٦) من الآية.

(٧) أى القدورى.

(٨) قوله: "ليكون العصمة مؤبدة" وليس تأبيد العصمة إلا فى مال المسلم أو الذمى. (بناية)

(٩) قوله: "ولهذا" أى لكون الشرط أن يكون المأخوذ من المسلم أو الذمى. (ب)

(١٠) قوله: "وشرط [أى القدورى] كمال النصاب [وهو عشرة دراهم] إلخ" وقال الحسن بن زياد الشرط أن يكون نصيب كل واحد عشرون درهما؛ لأن التقدير بالعشرة فى موضع، كان المستحق بأخذها عضوًا واحدًا، وههنا المستحق عضوان، ولكنا نقول: تغلظ الحد باعتبار تغلظ فعلهم باعتبار المحاربة، وقطع الطريق. (ن)

(١١) أى اليد والرجل.

(١٢) أى قدر وقيمة.

تفويت جنس المنفعة[1]، والحالة الثالثة[2]، كما بيناها؛ لما تلوناه[3].

ويقتلون حدا حتى لو عفى الأولياء عنهم لا يلتفت إلى عفوهم[4]؛ لأنه حق الشرع، والرابعة إذا قتلوا وأخذوا المال، فالإمام بالخيار[5] إن شاء قطع أيديهم وأرجلهم من خلاف، وقتلهم وصلبهم، وإن شاء قتلهم، وإن شاء صلبهم. وقال محمد: يقتل أو يصلب، ولا يقطع؛ لأنه[6] جناية واحدة، فلا توجب حدين، ولأن ما دون النفس[7] يدخل في النفس في باب الحد كحد السرقة والرجم[8]. ولهما أن هذه عقوبة واحدة[9] تغلظت لتغلظ سببها، وهو تفويت الأمن على التناهي[10] بالقتل، وأخذ المال، ولهذا[11] كان قطع اليد والرجل معًا في الكبرى حدًا واحدًا[12]، وإن كان

---

(١٣) قوله: "كي لا يؤدي إلخ" كأنه دليل على القطع من خلاف، لا على تعيين اليد اليمنى والرجل اليسرى، فإنه بدليل آخر. (ملا إله داد)

(١) قوله: "إلى تفويت جنس المنفعة" ولهذا لو كانت يده اليمنى شلاء، أو مقطوعة لا تقطع يده اليسرى؛ لأن فيه تفويت جنس المنفعة. (ب)

(٢) أي إذا قتلوا ولم يأخذوا المال.

(٣) من الآية.

(٤) إجماعًا. (ب)

(٥) قوله: "فالإمام بالخيار" حاصله: أن الإمام بالخيار في الجمع بين العقوبتين بين قطع الأيدي والأرجل مع القتل، أو الصلب، وبين القتل، أو الصلب ابتداءً من غير قطع الأيدي والأرجل، وكذلك له الخيار عند اختيار ترك قطع الأيدي والأرجل بين القتل، أو الصلب ابتداءً، وهذا قول أبي حنيفة، وذكر في الكتاب قول أبي يوسف معه، وذكر في عامة الروايات قول أبي يوسف مع محمد. (ع)

(٦) أي قطع الطريق. (ع)

(٧) فلا حاجة إلى قطع الطرف.

(٨) قوله: "كحد السرقة والرجم" فإن السارق إذا زنى، وهو محصن يرجم لا غير؛ لأن القتل يشمل كله. (ن)

(٩) من حيث إنها قطع الطريق. (ب)

(١٠) أي على النهاية. (ب)

(١١) أي لكونها عقوبة واحدة. (ب)

في الصغرى حدين، والتداخل في الحدود، لا في حد واحد[١]، ثم ذكر[٢] في الكتاب التخيير بين الصلب، وتركه[٣]، وهو ظاهر الرواية.

وعن أبي يوسف أنه لا يتركه؛ لأنه منصوص عليه[٤]، والمقصود التشهير؛ ليعتبر به غيره، ونحن نقول[٥]: أصل التشهير بالقتل، والمبالغة بالصلب، فيخير فيه، ثم قال[٦]: ويصلب حيًا، ويبعَج[٧] بطنه برمح إلى أن يموت، ومثله عن الكرخي. وعن الطحاوي أنه يقتل، ثم يصلب توقيا[٨] عن المثلة، وجه الأول وهو الأصح أن الصلب على هذا الوجه[٩]

---

(١٢) أي قطع الطريق.

(١) قوله: "لا في حد واحد" ألا ترى أن الجلدات في الزنا لا تتداخل، فإن قيل: هذا فاسد؛ لأن للإمام أن يقتله، ويدع القطع، وعلى هذا التعليل ليس له ولاية ترك القطع، كما ليس له ولاية بعض الجلدات.
قلنا: ولاية ترك القطع، لا بطريق التداخل، بل لأنه ليس عليه مراعاة الترتيب في جزاء واحد، فكان له أن يبدأ بالقتل، ثم إذا قتله، فلا فائدة في اشتغاله بالقطع بعده. (ن)

(٢) أي القدوري.(ب)

(٣) وهو قوله: إن شاء قتلهم، وإن شاء صلبهم. (ب)

(٤)قوله: "لأنه منصوص عليه" أي في الآية المذكورة، ويؤيده الحديث أيضًا، وهو ما أخرجه الشافعي في "مسنده"، والإمام محمد وغيرهما عن ابن عباس: أن النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم وادع أبا بردة بضم الباء أن لا يعينه، ولا يعين عليه، فجاء ناس يريدون الإسلام، فقطع عليهم أصحاب أبي بردة، ونقضوا الوعد، فنزل جبرئيل بالحد فيهم أن من قتل، فأخذ المال صلب، ومن قتل، ولم يأخذ المال قتل، ومن أخذ المال ولم يقتل، قطعت يده ورجله، ومن أخاف الطريق ولم يأخذ ولم يقتل نفي.
قال صاحب "نور الأنوار": لكن أبا حنيفة حمل قوله: من قتل وأخذ صلب على اختصاص الصلب بهذه الحالة، لا على اختصاص هذه الحالة بالصلب، بل أثبت للإمام الخيار في الأربعة؛ لأن الجناية يحتمل الاتحاد والتعدد، فتراعى كلتا الجهتين فيه، انتهى. وأفاد أبي وأستاذي نور الله مرقده في "قمر الأقمار لنور الأنوار" لا يذهب عليك أن شبهة الاتحاد قائمة، فاعتبار التعدد والأخذ بالجنايتين إقامة حد مع الشبهة، وذا لا يجوز، ولذا قيل: إن الحق ههنا هو مذهب الصاحبين، فتأمل. (مولوي عبد الحي نور الله مرقده)

(٥) من جانب الإمام.

(٦) أي القدوري.

(٧) البعج: الشق من حد منع. (ع)

(٨) أي احترازًا عنها.

أبلغ في الرَدْع، وهو المقصود به.

قال: ولا يُصلب أكثر من ثلاثة أيام[١]؛ لأنه يتغير بعدها، فيتأذّى الناس به؛ وعن أبي يوسف: أنه يترك على خشبةٍ حتى يتقطع فيسقط ليعتبر به غيره، قلنا: حصل الاعتبار بما ذكرناه[٢]، والنهاية غير مطلوبة[٣]. قال: وإذا قُتل القاطع، فلا ضمان عليه في مالٍ أخذه؛ اعتبارًا بالسرقة الصغرى، وقد بيناه[٤].

فإن باشر القتل أحدهم، أجرى الحد عليهم بأجمعهم؛ لأنه جزاء المحاربة، وهي تتحقق بأن يكون البعض رِدْءً[٥] للبعض، حتى إذا زلت أقدامهم، انحازوا[٦] إليهم، وإنما الشرط القتل من واحد منهم، وقد تحقق.

قال: والقتل وإن كان بعصًا، أو بحجر، أو بسيف، فهو سواء[٧]؛ لأنه يقع قطعًا للطريق بقطع المارة، وإن لم يقتل القاطع، ولم يأخذ مالا[٨]، وقد جرح، اقتص منه فيما فيه القصاص[٩]، وأخذ الأرش منه مما

---

(٩) المذكور في المتن.

(١) وبه قال الشافعي في الأصح. (ب)

(٢) أي بالصلب ثلاثة أيام.

(٣) بل المطلوب نفس الزجر.

(٤) في السرقة الصغرى. (ب)

(٥) أي عونًا. (ب)

(٦) قوله: "انحازوا" أي انضموا إليهم، والضمير راجع إلى الرد، ولأنه يستوى فيه المذكر الواحد والجمع. (ب)

(٧) قوله: "فهو سواء" يعني بأي شيء قتل قاطع الطريق؛ لأنه حد لا قصاص، فلا يقتضي المساواة، ولهذا يقتل غير المباشر. (ب)

(٨) قوله: "ولم يأخذ مالا، وقد جرح إلخ" جعله الإمام التمرتاشي حالة خامسة من أحوال قطاع الطريق، والمصنف لم يذكره في الإجمال، بل قال: هي أربعة؛ لأن مراده الأحوال التي يدل عليها الأجزية المذكورة في النص حدًا. (ع)

(٩) قوله: "فيما فيه القصاص" فلو قطعوا الذكر، فلا قصاص فيه في الظاهر، فيؤخذ منهم الأرش، خلافًا

فيه الأرش، وذلك[١] إلى الأولياء؛ لأنه لا حد فى هذه الجناية، فظهر حق العبد، وهو ما ذكرناه[٢]، فيستوفيه الولى.

وإن أخذ مالا، ثم جرح، قطعت يده ورجله[٣]، وبطلت الجراحات[٤]؛ لأنه لما وجب الحد حقًا لله، سقطت عصمة النفس[٥] حقًا للعبد، كما تسقط عصمة المال.

وإن أخذ[٦] بعد ما تاب، و قد[٧] قتل عمدًا، فإن شاء الأولياء قتلوه[٨]، وإن شاءوا عفوا عنه؛ لأن الحد[٩] فى هذه الجناية لا يقام بعد التوبة[١٠] للاستثناء المذكور فى النص[١١]، ولأن التوبة[١٢] تتوقف على رد

لأبى حنيفة فى ما إذا قطع من الأصل، وفى الحشفة قصاص اتفاقًا؛ لأن موضع القطع معلوم إلا إذا قطع بعض الحشفة، وكذا إذا ضربوا العين، أو قلعوها، فلا قصاص. (ب)

(١) أى استيفاء القصاص، وأخذ الأرش. (ب)

(٢) أي القصاص والأرش. (ب)

(٣) من خلاف.

(٤) لأن الحدود والضمان لا يجتمعان. (ب)

(٥) قوله: "سقطت عصمة النفس" بناء على أن ما دون النفس يجرى مجرى الأموال، فكان سقوط العصمة فى حق المال سقوط العصمة فى حق الجرح. (ع)

(٦) أى قاطع الطريق.

(٧) الواو حالية.

(٨) أى قصاصًا. (ع)

(٩) بخلاف سائر الحدود، فإنه لا تسقط بالتوبة عندنا. (ب)

(١٠) فلما بطل حق الله، ظهر حق العبد. (ب)

(١١) قوله: "للاستثناء المذكور فى النص" تحقيقه: أنه تعالى قال بعد قوله: ﴿أو ينفوا من الأرض ذلك لهم خزى فى الدنيا ولهم فى الآخرة عذاب عظيم إلا الذين تابوا من قبل أن تقدروا عليهم فاعلموا أن الله غفور رحيم﴾، فالاستثناء راجع إلى قوله: ﴿إنما جزاء الذين﴾، فيكون حاصله أن جزاء من ذكر ما ذكر إلا من أخذ بعد التوبة، فإنه لا جزاء عليه واعترض عليه بأن الاستثناء إذا تعقب كلمات معطوفة بعضها على بعض، ينصرف إلى ما يليه على ما تقرر فى الأصول، فالظاهر تعلق هذه الاستثناء بقوله: ﴿ولهم فى الآخرة عذاب عظيم﴾، فلا يفيد إلا المغفرة فى الآخرة، لا رفع الخزى فى الدنيا. والجواب عنه على ما نقله ملا إله داد الجونفورى عن شيخه

المال، ولا قطع في مثله[١]، فظهر حق العبد في النفس والمال، حتى يستوفي الولي القصاصَ، أو يعفو، ويجبُ الضمان إذا هلك في يده[٢]، أو استهلكه. وإن كان[٣] من القُطّاع صبي، أو مجنون، أو ذو رحم محرم من المقطوع عليه، سقط الحد عن الباقين، فالمذكور في الصبي والمجنون قول أبي حنيفة وزفر. وعن أبي يوسف[٤]: أنه لو باشر العقلاء يحدّ الباقون[٥]، وعلى هذا[٦] السرقة الصغرى، له أن المباشر أصل، والردء[٧]

معز الدولة أن الجمل المذكورة في هذا النص في حكم جملة واحدة، فكأنه قال: المحاربون يعاقبون في الدنيا والآخرة إلا الذين، فلا جرم يصرف إلى الجميع. (مولوي محمد عبد الحي نور الله مرقده)

(١٢) قوله: "لأن التوبة إلخ" اعترض بأن التوبة متوقفة على أداء المال أم لا، فإن كان الثاني لا يستقيم هذا التعليل، وإن كان الأول كان الوجه الثاني داخلا في الوجه الأول، فلا يكون علة مستقلة.

وأجيب بأن بعض المشايخ ذهبوا إلى أن الحد يسقط بنفس التوبة، وهي الإقلاع في الحال، والاجتناب في المآل والندم على ما مضى، والعزم على أن لا يعود إليه أبداً، ولم يجعلوا التوبة بهذا المعنى موقوفة على رد المال، وبعضهم ذهبوا إلى أن الحد لا يسقط ما لم يرد المال، فجعلوا الرد من تمامها، فالمصنف جمع بين قولي المشايخ، وبهذا الطريق ذكر الاختلاف فخر الإسلام في "مبسوطه". (عناية)

(١) قوله: "ولا قطع في مثله" أي مثل ما إذا ردّ المال؛ لأن الخصومة تنقطع برد المال إليه، وهي شرط لوجوب القطع. (عناية)

(٢) قوله: "ويجب الضمان إذا هلك في يده، أو استهلكه" اعترض عليه بأن وجوب الضمان لسقوط الحد، وسقوط الحد بالتوبة، والتوبة تتوقف على رد المال، فكيف يتصور الهلاك، أو الاستهلاك في يده، وأجيب بأنا نفرض المسألة في ما إذا تاب، ورد بعض المال.

وأقول: هذا إنما يتم إذا كانت التوبة متوقفة على رد المال في الجملة عند القائلين بذلك، وأما إذا كانت متوقفة على رد جميع الأموال فلا، ويجوز أن يقال: هذا الوضع إنما هو عى قول البعض الآخر. (عناية)

(٣) هذه مسألة القدوري.

(٤) قوله: "وعن أبي يوسف" قال الإنزاري في "غاية البيان": العجب من صاحب "الهداية" أنه قال: وعن أبي يوسف بعد أن قال: والمذكور قول أبي حنيفة وزفر، ولم يذكر قول محمد، وقوله مع أبي حنيفة: صرح به الشيخ أبو منصور، انتهى. قلت: عجبه عجيب؛ لأن القدوري ذكر في شرحه للمختصر عند أبي يوسف، وذكره البيهقي بلفظ عن أبي يوسف، فيحتمل أن يكون قول أبي يوسف رواية عنه. (بناية)

(٥) غير الصبي والمجنون.

(٦) قوله: "وعلى هذا" يعني أن ولي غير الصبي والمجنون قطعوا إلا الصبي والمجنون عند أبي يوسف. (ب)

(٧) أي العون.

تابع، ولا خلل فى مباشرة العاقل، ولا اعتبار بالخلل[١] فى التبع[٢]، وفى عكسه[٣] ينعكس المعنى والحكم. ولهما: أنه جناية واحدة قامت بالكل، فإذا لم يقع فعلُ بعضهم[٤] موجبًا، كان فعل الباقين بعض العلة، وبه لا يثبت الحكم، فصار[٥] كالخاطئ مع العامد[٦]. وأما ذو الرحم المحرم[٧]، فقد قيل[٨]: تأويله إذا كان المال مشتركًا بين المقطوع عليهم، والأصح أنه مطلق[٩]؛ لأن الجناية واحدة على ما ذكرناه[١٠]، فالامتناع فى حق البعض يوجب الامتناع فى حق الباقين. بخلاف ما إذا كان فيهم[١١] مستأمن؛ لأن

(١) فسقوط الحد عن التبع لا يسقطه عن الأصل. (ب)

(٢) وهو الصبى والمجنون.

(٣) قوله: "وفى عكسه" يعنى إذا باشر غير العقلاء صار الخلل فى الأصل، وله الاعتبار، فلا يجب الحد على الكل. (عناية)

(٤) وهوالصبى والمجنون.

(٥) قوله: "فصار" يعنى كما إذا رمى سهمًا إلى إنسان عمدًا، أو رماه آخر خطأ، وأصابه السهمان، ومات منهما لا يجب القصاص على العامد؛ لأن الفعل واحد، فيكون فعل المخطئ شبهة فى حق العامد. (ع)

(٦) قوله: "كالخاطئ مع العامد" هذا التشبيه يشعر بأن كلا من الخطأ والعمد بعض علة، لكن المصنف صرح قبيل باب جناية البهيمة أن كل جراحة علة للتلف بنفسها، صغرت أو كبرت إلا أن عند المزاحمة أضيف إلى الكل، فهذا تصريح بأن كل جراحة علة تامة. (د)

(٧) قوله: "وأما ذو الرحم المحرم إلخ" ذكر الرازى أن المسألة محمولة على ما إذا كان المال المأخوذ مشتركا بين المقطوع عليهم، وفى انقطاع ذو رحم من أحدهم، فلا يجب الحد على الباقين؛ لأن المأخوذ شىء واحد، فإذا امتنع عن أحدهم بسبب القرابة امتنع عن الباقين، وأما إذا كان لكل واحد منهم مال مفرد، فالحد يجرى على الباقين؛ لأن الأخذ من كل واحد منهم لا تعلق له بغيره.

بخلاف ما إذا سرقوا من حرز ذى الرحم المحرم ماله ومال غيره، فإن الشبهة باعتبار الحرز، والأصح أن الجواب فى الكل واحد؛ لأن مال جميع القافلة فى حق قطاع الطريق كشىء واحد، فإنهم قصدوا أخذ كل ذلك، فإذا تمكنت الشبهة فى حق بعض ذلك، فقد تمكنت الشبهة فى جميعه. (ن)

(٨) قائله: أبو بكر الرازى. (ب)

(٩) لا يحدون بكل حال.

(١٠) إشارة إلى قوله: ولهما أن الجناية واحدة. (ب)

(١١) قوله: "بخلاف ما إذا كان فيهم [أى فى المقطوع عليهم. ن] مستأمن" جواب سؤال مقدر تقريره:

الامتناع في حقه لخللٍ في العصمة[١]، وهو يخصه[٢]، أما هنا الامتناع لخلل في الحرز، والقافلة حرز واحد[٣]. وإذا سقط الحد صار القتل إلى الأولياء؛ لظهور حق العبد على ما ذكرناه[٤]، فإن شاءوا قتلوا، وإن شاءوا عفوا، وإذا قطع بعض القافلة الطريق على البعض لم يجب الحد؛ لأن الحرز واحد، فصارت القافلة كدار واحدة[٥]. ومن قطع الطريق ليلا أو نهارًا في المصر، أو بين الكوفة والحِيرة[٦]، فليس بقاطع الطريق استحسانًا، وفي القياس[٧] يكون قاطع الطريق، وهو قول الشافعي لوجوده[٨]

أن يقال: القطع على المستأمن لا يوجب الحد كالقطع على المحرم، ثم وجود هذا في العاقلة يسقط الحد، فوجب أن يسقطه وجود المستأمن أيضًا. (ب)

(١) أي في عصمة ماله. (ب)

(٢) قوله: "وهو يخصه" أي الخلل يخص المستأمن، فلا تصير شبهة، والشبهة إذا كانت في غير الحرز لا تؤثر في الذي لا شبهة فيه. (ن)

(٣) قوله: "والقافلة حرز واحد" لأن القافلة بمنزلة بيت واحد، فكان هذا كأن القريب سرق مال القريب، ومال الأجنبي من بيت القريب، فإنه لا يقطع بشبهة تمكنت في الحرز. (خ)

(٤) في هذه الصفحة.

(٥) قوله: "فصارت القافلة كدار واحدة" كما لو سرق من دار سكن السارق فيها، فإذا لم يجب الحد وجب القصاص إن قتل عمدا، ورد المال إن أخذه، وهو قائم، والضمان إذ هلك أو استهلك. (بناية)

(٦) قوله: "والحيرة" هي التي كان يسكنها النعمان المنذر، وهي أول منازل الكوفة، وقال تاج الشريعة: الحيرة بكسر الحاء: مدينة على رأس ميل من الكوفة. (بناية)

(٧) قوله: "وفي القياس إلخ" توضيح المقام أن القياس يقتضي وجوب الحد في صورة القطع بين الكوفة والحيرة، وفي قطع الطريق في المصر ليلا كان أو نهارًا لوجوده حقيقة، وعليه مناط وجوب الحد، وهو قول الشافعي رحمه الله. وروى عن أبي يوسف رحمه الله أنه لو قطع في المصر لا يجب؛ لأن الظاهر لحوق الغوث من الإمام، أو من الناس للمقطوع عليه، وعدم ذلك نادر، فلا يوجد قطع الطريق من حيث المعنى.
وأما خارج المصر: فيجب القطع، وإن كان بقرب المصر؛ لأنه لا يلحقه الغوث في الفور لبعده عن المصر، وعنه في الرواية الأخرى أنه لو قاتلوا بالسلاح نهارًا أو ليلا بالسلاح، أو لغيره في المصر يجب القطع؛ لأن السلاح لا يلبث، فلا يجد مهلة أن يصوت، فيلحقه الغوث، وفي الليالي عدم لحوقه سريعًا ظاهر، فيوجد قطع الطريق، فيجب الحد. وقال أبو حنيفة: لا يتحقق قطع الطريق في المصر، وكذا إذا كان بقربه سواء كان بالسلاح، أو بغيره، ليلا أو نهارًا لقوة احتمال لحوق المد، وهذا استحسانًا. (عبد)

(٨) أي لوجود القطع.

حقيقةً. وعن أبي يوسف: أنه يجب الحد[١] إذا كان خارج المصر، و إن[٢] كان بقربه؛ لأنه لا يلحقه[٣] الغوث[٤]، وعنه إن قاتلوا نهاراً بالسلاح، أو ليلا به، أو بالخشب فهم قطاع الطريق؛ لأن السلاح لا يلبث[٥]، والغوث يبطئ بالليالي. ونحن نقول: إن قطع الطريق بقطع المارة، ولا يتحقق ذلك في المصر، وبقربٍ منه؛ لأن الظاهر[٦] لحوق الغوث إلا أنهم يؤخذون برد المال إيصالا للحق إلى المستحق[٧]، ويؤدَّبون ويحبسون لارتكابهم الجناية، ولو قتلوا فالأمر[٨] فيه إلى الأولياء؛ لما بينا[٩].

ومن خَنَق[١٠] رجلا حتى قتله، فالدية على عاقلته عند أبي حنيفة، وهي مسألة القتل بالمثقّل، وسنبين في باب الديات -إن شاء الله تعالى-.

وإن خنق في المصر[١١] غير مرة، قُتل به؛ لأنه صار ساعيًا في الأرض بالفساد، فيدفع شره بالقتل، والله أعلم.

---

(١) أي حد قطع الطريق.

(٢) الواو وصلية.

(٣) أي لا يلحق المقطوع عليه الغوث.

(٤) هو اسم من الإغاثة.

(٥) حتى يلحقه الغوث. (ك)

(٦) والمسافر لا يلحقه الغوث.

(٧) أي المالك.

(٨) قصاصًا، أو صلحًا، أو عفوًا. (ب)

(٩) إشارة إلى قوله: فإنه لا حد في هذه الجناية، فظهر حق العبد. (ك)

(١٠) قوله: "ومن خنق" بالتخفيف من خنقه إذا عصر حلقه، ومصدره الخنق بكسر النون، ولا يقال: بالسكون، كذا عن الفارابي. (عناية)

(١١) قوله: "وإن خنق في المصر" قال الإنزاري: بالتشديد سماعًا وتحقيقًا للتكثير، قلت: التكثير استفيد من قوله: غير مرة، فلا حاجة إلى التشديد. (ب)

كتاب السِّيَر [1]

السير جمع سيْرة، وهى الطريقة[2] فى الأمور، وفى الشرع: تختص بسِيَر النبى عليه الصلاة والسلام فى مغازيه.

قال[3]: الجهاد فرض على الكفاية، إذا قام به فريق من الناس، سقط عن الباقين، أمّا الفرضيّة: فلقوله تعالى[4]: ﴿فاقتلوا المشركين كافّة كما يقاتلونكم كافّة﴾، ولقوله عليه السلام: «الجهاد ماضٍ[5] إلى يوم القيامة»*، وأراد به فرضًا باقيًا[6]، وهو فرض[7] على الكفاية[8]؛ لأنه ما فرض[9] لعينه؛ إذ هو إفساد فى نفسه[10]، وإنما فرض لإعزاز دين

---

(١) قوله: "كتاب السير [بكسر السين وفتح الياء. ب]" ذكره مع الحدود؛ لأن كلا منهما حسن لغيره، وذلك الغير يتأدى بنفس المأمور به، وقدم الحدود؛ لأن المقصود من الحدود إخلاء العالم عن الفساد من الفسق، والمقصود من الجهاد رفع فساد الكفر، ولأن فى بعض الحدود حق الله تعالى، وفى بعضها حق العبد، والجهاد ليس إلا حق الله تعالى، وحق العبد مقدم. (د)

(٢) قوله: "وهى الطريقة [ومنه سيرة العمرين. ب]" وقد يقال: السيرة فعلة من السير يراد به السير الذى هو قطع المسافة، وقد يراد به السير فى المعاملات، وسميت المغازى سيرًا؛ لأن أول أمرها السير إلى العدو. (ب)

(٣) أى القدورى.

(٤) قوله: "فلقوله تعالى: ﴿فاقتلوا المشركين﴾" كان رسول الله ﷺ أولا مأمورًا بالصفح والإعراض، قال الله تعالى: ﴿فاصفح الصفح الجميل﴾، وقال: ﴿وأعرض عن المشركين﴾، ثم أمر بالموعظة، والمجادلة بالطريق الأحسن بقوله تعالى: ﴿وجادلهم بالتى هى أحسن﴾، ثم أمر بالقتال، إن كانت البداية منهم، فقال الله تعالى: ﴿فإن قاتلوكم فاقتلوهم﴾، ثم أمر بالبداية بالقتال، فقال الله تعالى: ﴿فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم﴾، وقال: ﴿فاقتلوا المشركين كافة كما يقاتلونكم كافة واعلموا أن الله مع المتقين﴾. (ب)

(٥) قوله: "الجهاد ماضٍ" هذا الحديث أخرجه أبو داود مطولا فى "سننه" عن أنس مرفوعًا: فيه «الجهاد ماض منذ بعثنى الله إلى أن يقاتل آخر أمتى الدجال». (ب)

* راجع نصب الراية ج٣ ص٣٧٧، والدراية ج٢، الحديث ٦٩٠ ص١١٤. (نعيم)

(٦) قوله: "أراد به فرضًا باقيًا [هذا تفسير من المصنف]" قد يورد ههنا بوجهين: أحدهما: أن الحديث خبر واحد، فكيف يثبت به الفرضية، وجوابه: أنه مؤيد بالنص والإجماع، فيكون قطعيًا. وثانيهما: أنه لا دلالة له إلا على بقاء الجهاد، لا على فرضيته، وما ذكره المصنف من المراد لا دلالة للفظ عليه، وجوابه: أن قوله: «ماض» صفة، فلا بد له من تقدير موصوف، وقد ثبت بقوله تعالى أنه فرض، فيكون هو المتعين للتقدير، فكان معناه فرض باقٍ. (د)

(٧) مثل غسل الموتى ودفنهم. (ب)

(٨) ويحكى عن ابن شبرمة أنه تطوع، وكذا روى عن ابن عباس. (ب)

(٩) وعند ابن المسيب فرض لعينه.

الله(١)، ودفع الشر عن العباد، فإذا حصل المقصود بالبعض، سقط عن الباقين كصلاة الجنازة، وردّ السّلام(٢).

فإن لم يقم به(٣) أحد أثم جميع الناس(٤) بتركه؛ لأن الوجوب على الكل، ولأن في اشتغال الكل به، قطع مادة الجهاد من الكُراع(٥) والسلاح، فيجب على الكفاية، إلا أن يكون النفير عامًا(٦)، فح يصير من فروض الأعيان؛ لقوله تعالى(٧): ﴿انفرُوا خِفافًا وثِقالا﴾ الآية.

وقال(٨) في "الجامع الصغير": الجهاد واجب إلا أن المسلمين في سعة، حتى يحتاج إليهم، فأول هذا الكلام(٩) إشارة إلى الوجوب على الكفاية، وآخره(١٠) إلى النفير العام، وهذا لأن المقصُود عند ذلك لا يتحصل

---

(١٠) قوله: "إذ هو إفساد في نفسه" لأنه تعذيب عباده، وتخريب بلاده. (ب)

(١) قوله: "وإنما فرض لإعزاز دين الله" وإليه الإشارة بقوله تعالى: ﴿وقاتلوهم حتى لا تكون فتنة ويكون الدين كله لله﴾. (ب)

(٢) قوله: "كصلاة الجنازة ورد السلام" فإن البعض إذا قام بها، سقط عن الباقين. (نهاية)

(٣) أي بالجهاد.

(٤) قوله: "أثم جميع الناس" لأنه إنما سقط الفرض عن الكل لحصول الكفاية بالبعض، فإذا لم يحصل هذا المعنى تعين الفرض على كل الناس. (كفاية)

(٥) المراد به ههنا الخيل. (ع)

(٦) قوله: "إلا أن يكون إلخ" استثناء من قوله: فيجب على الكفاية أي يجب الجهاد كفاية إلا إذا كان النفير عاما بأن لا يندفع شر الكفار إذا هجموا ببعض المسلمين، فح يصير من فروض الأعيان، فيفرض على كل واحد، فيقاتل العبد بدون إذن سيده، والمرأة بدون إذن الزوج؛ لقوله تعالى: ﴿انفروا خفافًا وثقالا﴾ أي ركبانًا ومشاةً، أو شبانًا وشيوخًا، أو صحاحًا ومراضًا، وقيل: أغنياء وفقراء. (ب)

(٧) قوله: "لقوله تعالى" اعترض عليه بأن قوله تعالى عام، فما وجه تخصيصه بالنفير العام، وأجيب بأنه لدفع الحرج، ولأن النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم كان يخرج مع تخلف كثير من أهل المدينة، فعلم بذلك اختصاصه بالنفير العام. (عناية)

(٨) أي محمد. (ب)

(٩) قوله: "فأول هذا الكلام" أي قول محمد: الجهاد واجب إلا أن المسلمين في سعة؛ إذ الاستثناء تكلم بالباقي بعد الثنيا، فكان بمجموع المستثنى، والمستثنى منه إشارة إلى الوجوب كفاية، كذا في الشرح، وفيه نظر للقطع بأن الاستثناء ههنا منقطع، والمنقطع يعمل بطريق المعارضة، وليس بتكلم بالباقي بعد الثنيا. (د)

(١٠) وهو قوله: حتى يحتاج إليهم. (ك)

إلا بإقامة الكل، فيفترض على الكل[١].

وقتال الكفار واجب، و[٢] إن لم يبدأوا للعمومات[٣]، ولا يجب الجهاد على الصبي[٤]؛ لأن الصبي مظنة المرحمة[٥]، ولا عبد ولا امرأة[٦]؛ لتقدم حق المولى والزوج، ولا أعمى، ولا مقعد[٧]، ولا أقطع؛ لعجزهم. فإن هجم[٨] العدو على بلد، وجب على جميع الناس الدفع، تخرج المرأة بغير إذن زوجها، والعبد بغير إذن المولى؛ لأنه صار فرض عين، وملك اليمين[٩]، ورق النكاح[١٠] لا يظهر في حق فروض الأعيان[١١]، كما في الصلاة والصوم، بخلاف ما قبل النفير؛ لأن بغيرهما[١٢] مَقْنَعًا، فلا ضرورة إلى إبطال حق المولى والزوج.

ويكره الجعل[١٣] ما دام للمسلمين فيء؛ لأنه يشبه الأجر، ولا ضرورة

---

(١) قوله: "فيفترض على الكل" ذكر في "الذخيرة" فإن جاءه النفير، إنما يصير فرض عين على من يقرب من العدو، وهم يقدرون على الجهاد. وأما من يبعد عن العدو، فعليهم فرض كفاية، حتى يسعهم تركه إذا لم يحتج إليهم، أما إذا احتيج إليهم بأن عجز من كان يقرب العدو، أو تكاسلوا ولم يجاهدوا، فإنه يفترض على من يليهم فرض عين، وهكذا إلى أن يفترض على جميع أهل الإسلام شرقًا وغربًا. (ك)

(٢) الواو وصلية.

(٣) من الآيات والأخبار على ما مر. (ب)

(٤) بكسر الصاد وفتح الباء.

(٥) قوله: "مظنة المرحمة" قال ابن الأثير: المظنة بكسر الظاء وزنه مفعلة من الظن بمعنى العلم، وكان القياس فتح الظاء إلا أنه جاء مكسورًا. (ب)

(٦) أي ولا يجب عليهما.

(٧) أي الأعرج.

(٨) من قولهم: هجمت عليه أي دخلت. (ب)

(٩) في العبد والجارية.

(١٠) في الزوجة.

(١١) فإنها مقدمة على حقهما.

(١٢) أي بغير العبد والمرأة كفاية.

(١٣) قوله: "ويكره الجعل" بضم الجيم وسكون العين: وهو ما جعل من شيء للإنسان على شيء يفعله، والمراد ههنا ما ضربه الإمام على الناس للغزاة في ما يحصل به التقوى للخروج ما دام للمسلمين فيء، وهو اسم

إليه؛ لأن مال بيت المال مُعَدّ لنوائب المسلمين.

فإذا لم يكن[١] فلا بأس بأن يقوى بعضهم بعضًا؛ لأن فيه دفع الضرر الأعلى بإلحاق الأدنى[٢] يؤيده: «أن النبى عليه السلام أخذ دروعًا[٣] من صفوان[٤]»*، و "عمر كان يغزى الأعزب[٥] عن ذى الحليلة، ويعطى الشاخص فرس القاعد"**.

باب[٦] كيفيّة القتال

وإذا دخل المسلمون دار الحرب، فحاصروا مدينةً، أو حصنًا[٧] دعوهم إلى الإسلام؛ لما روى ابن عباس[٨]: «أن النبى عليه السّلام ما قاتل قومًا حتى دعاهم إلى الإسلام»***.

للمال المصاب من الكفار بغير قتال كالخراج والجزية والغنيمة؛ لأن بيت المال معد لنوائب المسلمين.

ويكره مع وجود ذلك الجعل الذى ذكرناه؛ لأن الجهاد حق الله تعالى، ولا يجوز أخذ الأجرة عليه، فإذا تمحض أجرة كان حرامًا، وإذا أشبه الأجرة كان إلى الحرام أقرب، والنوائب جمع نائبة، وهى ما ينزل بالإنسان من المهمات والحوادث. (ب)

(١) أى شيء فى بيت المال.

(٢) وهو شر الكفار.

(٣) يوم حنين.

(٤) قوله: "من صفوان [أخرجه ابن أبى شيبة" تتمته، فقال صفوان بن أميّة: أغصبت يا محمد! قال: «بل عارية مضمونة»، أخرجه أبو داود والنسائى وأحمد. (ت)

* راجع نصب الراية ج٣ ص٣٧٧، والدراية ج٢، الحديث ٦٩١ص١١٤. (نعيم)

(٥) قوله: "كان يغزى إلخ" من الإغزاء يقال: أغزى الأمير الجيش: إذا بعثه إلى العدو، والأعزب: الذى لا امرأة له، ووقع فى بعض النسخ: الأعزاب بالألف، ووقع فى نسخة شيخى بغير ألف، وهو الصحيح.

وحليلة الرجل: امرأته، والشاخص: اسم فاعل من شخص من مكان إلى مكان إذا سار فى ارتفاع، والمراد ههنا الذى يذهب إلى العدو. (بناية)

** راجع نصب الراية ج٣ ص٣٧٧، وانظر فى الدراية ج٢ أثر عمر رضى الله عنه تحت الحديث رقمه ٦٩١ص١١٤. (نعيم)

(٦) قوله: "باب" لما كان الأمر الأول فى الجهاد القتال، بدأ بكيفيته. (ع)

(٧) قوله: "أو حصنًا" بكسر الحاء: كل مكان محمى محرز لا يتوصل إلى ما فى جوفه، والمدينة أكبر منه. (ع)

(٨) رواه عبد الرزاق والحاكم.

*** راجع نصب الراية ج٣ ص٣٧٨، والدراية ج٢، الحديث ٦٩٢ص١١٤. (نعيم)

قال: فإن أجابوا كفّوا عن قتالهم[١]؛ لحصول المقصود، وقد قال ﷺ[٢]: «أُمِرتُ أن أُقاتل الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله» * الحديث[٣]. وإن امتنعوا دعوهم إلى أداء الجزية به أمر رسول الله عليه السّلام[٤] أمراء الجيوش[٥]**، ولأنه أحد ما ينتهى به القتال على ما نطق به النص[٦]، وهذا[٧] فى حق من يقبل منه الجزية، ومن لا تقبل منه كالمرتدين، وعَبَدة الأوثان من العرب، لا فائدة فى دعاءِهم إلى قبول الجزية؛ لأنه لا يقبل منهم إلا الإسلام، قال الله تعالى: ﴿تقاتلونهم أو يُسلمون[٨]﴾. فإن بذلوها[٩] فلهم ما للمسلمين، وعليهم ما على المسلمين؛ لقول على: "إنما بذلوا الجزية[١٠] ليكون دماءهم كدمائنا وأموالهم كأموالنا"***، والمراد بالبذل[١١] القبول، وكذا المراد بالإعطاء

---

(١) قوله: "كفوا عن قتالهم" أى امتنعوا عن قتالهم، أو منعوا أنفسهم عنه، فالكف لازم ومتعدٍّ. (ع)

(٢) وجه الاستدلال أن حكم ما بعد الغاية يخالف ما قبله.

* راجع نصب الراية ج٣ ص٣٧٩، والدراية ج٢، الحديث ٦٩٣ ص١١٤. (نعيم)

(٣) أخرجه البخارى، ومسلم.

(٤) أخرجه الجماعة إلا البخارى. (ت)

(٥) قوله "أمراء الجيوش" الجيش: الجند من جاشت القدر إذا غلت، قاله تاج الشريعة، وأخذه من "المغرب". (ب)

** راجع نصب الراية ج٣ ص٣٨٠، والدراية ج٢، الحديث ٦٩٤ ص١١٥. (نعيم)

(٦) قوله: "على ما نطق به النص" وهو قوله تعالى: ﴿قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله﴾ إلى أن قال: ﴿حتى يعطوا الجزية﴾. (عناية)

(٧) إشارة إلى الدعاء الذى يؤخذ من قوله: دعوهم. (ب)

(٨) أى إلى أن يسلموا. (ب)

(٩) بالذال المعجمة.

(١٠) قوله: "إنما بذلوا الجزية إلخ" هذا غريب، وكيف يقول الإنزارى: وقد صح عن على أنه قال: "إنما بذلوا الجزية" إلخ؟ نعم، أخرج الدارقطنى فى "سننه" عن عبد الله بن عبد الله مولى هاشم قال: قال على: "من كانت له ذمتنا فدمه كدمنا وديته كديتنا" ومع هذا هو أيضًا ضعيف.

*** راجع نصب الراية ج٣ ص٣٨١، وانظر فى الدراية ج٢ تحت الحديث ٦٩٤ ص١١٥. (نعيم)

(١١) أى فى قول القدورى: بذلوا.

المذكور فيه[١] فى القرآن[٢]، والله أعلم.

ولا يجوز أن يقاتل من لم تبلغه الدعوة إلى الإسلام إلا أن يدعوه؛ لقوله عليه السلام فى وصية أمراء الأجناد[٣]: «فادعهم إلى شهادة أن لا إله إلا الله»*، ولأنهم بالدعوة[٤] يعلمون أنا نقاتلهم على الدين، لا على سلب الأموال، وسبى الذرارى[٥]، فلعلهم يجيبون، فنُكفى[٦] مؤنة القتال، ولو قاتلهم قبل الدعوة[٧] أثم للنهى[٨]**، ولا غرامة[٩] لعدم العاصم، وهو[١٠] الدين، أو الإحراز بالدار[١١]، فصار كقتل النسوان والصبيان[١٢].

---

(١) أى فى الجزية على التأويل المذكور. (ب)

(٢) هو قوله تعالى: ﴿حتى يعطوا الجزية﴾. (ب)

(٣) قوله: "فى وصية أمراء الأجناد [جمع جند بالضم بمعنى الجيش] إلخ" قلت: أخرجه الجماعة إلا البخارى عن بريدة، قال: «كان رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم إذا أمّر على جيش أو سرية أوصاه بتقوى الله» الحديث، وفيه «وادعهم إلى شهادة أن لا إله إلا الله». (ت)

* راجع نصب الراية ج٣ ص٣٨١، وانظر فى الدراية ج٢ تحت الحديث ٦٩٤ ص١١٥. (نعيم)

(٤) أى بدعوة الإسلام.

(٥) جمع الذرية.

(٦) بالنون على صيغة المجهول.

(٧) قوله: "قبل الدعوة" هو بالفتح إلى الطعام، وبالكسر فى النسب قاله الجوهرى، وقيل: بالضم فى الحرب. (ب)

(٨) قوله: "للنهى" فى حديث على رضى الله عنه قال له رسول الله ﷺ حين بعثه: «لا تقاتل قومًا حتى تدعوهم»، أخرجه عبد الرزاق.

** راجع نصب الراية ج٣ ص٣٨١، وانظر فى الدراية ج٢ حديث فروة بن مسيك ص١١٥. (نعيم)

(٩) قوله: "ولا غرامة" وعند الشافعى يضمن لحرمة القتل، قلنا: العاصم الدين عندك، ولم يوجد، ومجرد حرمة القتل لا يكفى لوجوب الضمان. (ك)

(١٠) أى الموجب للغرامة. (ع)

(١١) عندنا. (ك)

(١٢) فإنه لا قصاص فيه، ولا دية.

ويستحب أن يدعو[١] من بلغته الدعوة مبالغةً في الإنذار، ولا يجب ذلك؛ لأنه صح[٢] أن النبى عليه السلام أغار على بنى المصطلق[٣]، وهم غارون*، وعهد إلى أُسامة[٤] أن يغير على أُبنى[٥] صباحًا، ثم يحرق، والغارة لا تكون بدعوة[٦]. قال: فإن أبوا[٧] ذلك استعانوا بالله عليهم، وحاربوهم؛ لقوله عليه السلام في حديث سليمان بن بريدة[٨]: «فإن أبوا ذلك فادعهم إلى إعطاء الجزية» إلى أن قال: «فإن أبوها فاستعن بالله عليهم وقاتلهم»**، ولأنه تعالى هو الناصر لأوليائه، والمدمّر[٩] على أعدائه، فيستعان به في كل الأمور. ونَصبُوا[١٠] عليهم المجانيق[١١] كما نَصَب رسول

(١) أى الإمام. (ب)

(٢) قوله: "لأنه صح" قلت: أخرج البخارى ومسلم عن ابن عون قال: كتبت إلى نافع أسأله عن الدعاء قبل القتال، قال: كان ذلك في أول الإسلام، وقد أغار رسول الله ﷺ على بنى المصطلق، وهم غارون، وأنعامهم تسقى على الماء، وأصاب يومئذ جويرية. وقال المنذرى في حواشيه: غارون بالراء، هكذا قيده غير واحد، وقال الفارسى: أظنه غادون بالدال المهملة المخففة، فإن الغار هو الذى يغر غيره، ولا وجه له ههنا، وهذا الذى قاله الفارسى، فيه تكلف، فقد قال الجوهرى وغيره: الغار الغافل، والغرة الغفلة. (ت)

(٣) قوله: "المصطلق" بضم الميم وسكون الصاد المهملة وفتح الطاء المهملة وكسر اللام، وفي آخره قاف: بطن من خزاعة. (ب)

* راجع نصب الراية ج٣ ص٣٨١، والدراية ج٢، الحديث ٦٩٥ ص١١٥. (نعيم)

(٤) قوله: "وعهد إلى أسامة إلخ" أخرجه أبو داود عنه، وأبنى بضم الهمزة وسكون الباء الموحدة بعدها نون وألف مقصورة: موضع من فلسطين بين عسقلان والرملة. (ت)

(٥) على وزن حبلى. (ع)

(٦) لأن مبناها على الستر. (ب)

(٧) أى امتنعوا عن الجزية. (ب)

(٨) قوله: "في حديث سليمان بن بريدة" فإنه قال فيه: «فادعهم إلى الشهادة فإن أبوا فادعهم إلى الجزية» إلى أن قال: «فإن أبوها فاستعن بالله عليهم وقاتلهم»، أخرجه الجماعة إلا البخارى. (ب)

** راجع نصب الراية ج٣ ص٣٨٢، وانظر في الدراية ج٢ تحت الحديث ٦٩٢ ص١١٥. (نعيم)

(٩) اسم فاعل من التدمير أى المهلك. (ب)

(١٠) هذا لفظ القدورى.

(١١) جمع منجنيق فلاخن بزرگ. (م)

الله عليه السلام على الطائف وحرقوهم*؛ لأنه عليه السلام أحرق البويرة[٢]**. قال[٣]: وأرسلوا عليهم الماء، وقطعوا أشجارهم، وأفسدوا زروعهم؛ لأن في جميع ذلك إلحاق الكَبْت[٤] والغيظ بهم، وكسر شوكتهم، وتفريق جمعهم، فيكون مشروعًا.

ولا بأس برميهم، وإن كان فيهم مسلم[٥] أسير، أو تاجر؛ لأن في الرمي دفع الضرر العام بالذب[٦] عن بيضة الإسلام[٧]، وقتل الأسير والتاجر ضرر خاص؛ ولأنه قلّما يخلوا حصنٌ عن مسلم، فلو امتنع باعتباره لانسد بابه[٨]، وإن تترّسوا[٩] بصبيان المسلمين، أو بالأسارى لم يكفوا عن رميهم؛ لما بيناه[١٠]. ويقصدون بالرمي الكفار؛ لأنه إن تعذر التمييز فعلا، فلقد أمكن قصدًا، والطاعة بحسب الطاقة، وما أصابوا منهم[١١] لا ديةَ عليهم، ولا كفارة؛ لأن الجهاد فرض، والغرامات لا تقرن

---

* راجع نصب الراية ج٣ ص٣٨٢، والدراية ج٢، الحديث ٦٩٦ص١١٥. (نعيم)

(٢) قوله: "البويرة" بضم الباء على وزن دويرة موضع. (عناية)

** راجع نصب الراية ج٣ ص٣٨٣، والدراية ج٢، الحديث ٦٩٧ص١١٦. (نعيم)

(٣) أي القدوري.

(٤) قوله: "إلحاق الكبت" أي الذل والهوان، وقال الإنزاري: يقال: كبته الله أي أهلكه، والمعنى الملائم ما ذكرناه. (بناية)

(٥) قوله: "و إن [وصلية] كان فيهم مسلم" رد لما قال الحسن بن زياد: إنه إذا علم أن فيهم مسلمًا، وإنه يتلف بهذا الصنع لم يحل له ذلك. (عناية)

(٦) أي الدفع.

(٧) قوله: "عن بيضة الإسلام" أي مجتمعة للشبه المعنوي بينها وبين بيضة النعامة وغيرها؛ لأن البيضة مجتمع الولد، كذا في "المغرب". (كفاية)

(٨) أي باب الجهاد.

(٩) زند كفار با صبيان مسلمين.

(١٠) إشارة إلى قوله: لأن في الرمي دفع الضرر العام.

(١١) قوله: "وما أصابوا منهم" أي ما أصاب المسلمون من صبيان المسلمين، وأساراهم الذين تترس المشركون بهم. (بناية)

بالفروض[١]. بخلاف حالة المخمصة[٢]؛ لأنه لا يمتنع مخافة الضمان لما فيه[٣] من إحياء نفسه، أما الجهاد: فمبني على إتلاف النفس[٤] فيمتنع[٥] حذار الضمان. قال: ولا بأس بإخراج النساء والمصاحف[٦] مع المسلمين إذا كان عسكراً عظيماً يومن عليه؛ لأن الغالب هو السلامة والغالب كالمتحقق. ويكره إخراج ذلك في سرية[٧] لا يؤمن عليها؛ لأن فيه[٨] تعريضهن[٩] على الضياع والفضيحة، وتعريض المصاحف على الاستخفاف، فإنهم[١٠] يستخفون بها مغايظة[١١] للمسلمين، وهو التأويل[١٢] الصحيح[١٣] لقوله عليه السّلام: «لا تسافروا بالقرآن في أرض العدو»[١٤]*. ولو دخل مسلم إليهم[١٥] بأمان لا بأس بأن يحمل معه

(١) قوله: "لا تقرن بالفروض" لأن الفرض مأمور به، وسبب الغرامة عدوان محض، وبينهما منافاة. (ف)

(٢) قوله: "بخلاف حالة المخمصة" جواب عما يقال: قاس الحسن بن زياد هذه الصورة على صورة المخمصة، وقال: إطلاق الرمي لضرورة إقامة الجهاد لا ينفي الضمان كتناول مال الغير حالة المخمصة يطلق لمكان الضرورة، ويجب الضمان. (بناية)

(٣) قوله: "لما فيه" أي في أكل مال الغير من إحياء نفسه، وهو منفعة عظيمة يتحمل بسببها بدل الضمان. (بناية)

(٤) قوله: "فمبنى على إتلاف النفس" فلو وجب الضمان بقتالهم لامتنعوا عن الجهاد الذي هو فرض، وذلك لا يجوز، كما لا يجوز إيجاب الدية، والكفارة على الإمام في ما إذا مات الزاني البكر من الجلد؛ لئلا يمتنع القاضي عن تقلد القضاء. (عناية)

(٥) أي يمتنع المجاهد عن القتل؛ خوفاً عن الضمان.

(٦) إلى أرض العدو.

(٧) قوله: "في سرية" هي عدد قليل يسيرون بالليل، وقال محمد في "السير الكبير": أقل السرية ثلاث، وعن أبي حنيفة: أقل السرية مائة، وقال الحسن: أقلها أربع مائة، وأقل الجيش أربعة آلاف. (ب)

(٨) أي في الإخراج في السرية.

(٩) أي النساء.

(١٠) أي الكفار.

(١١) أي لأجل غيظهم. (ب)

(١٢) أي تعريض المصاحف على استخفاف. (ب)

(١٣) إنما قيد التأويل بالصحيح احترازاً عما قال الحسن القمي: إن النهي كان في ابتداء الإسلام عند قلة المصاحف، وكذا روى عن الطحاوي. (عناية)

(١٤) قوله: "ولا تسافروا إلخ" أخرجه الجماعة إلا الترمذي، وحمله المصنف على الجيش الصغير،

المصحف إذا كانوا قومًا يوفون بالعهد؛ لأن الظاهر عدم التعرض، والعجائز يخرجن في العسكر العظيم [١] لإقامة عمل يليق بهن كالطبخ والسقي والمداواة[٢]. فأمّا الشواب[٣]: فقرارهن في البيوت أدفع للفتنة، ولا يباشرن[٤] القتال؛ لأنه يُستدل به على ضعف المسلمين إلا عند الضرورة[٥]، ولا يستحب إخراجهن للمباضَعَة[٦] والخدمة، فإن كانوا لا بد مخرجين[٧]، فبالإماء دون الحرائر. ولا تقاتل المرأةُ إلا بإذن زوجها، ولا العبدُ إلا بإذن سيده؛ لما بيناه[٨] الا أن يهجم العدو[٩] على بلد للضرورة.

وينبغي للمسلمين أن لا يَغْدرُوا، ولا يغلوا، ولا يمثلوا؛ لقوله عليه السلام[١٠]: «لا تغلّوا ولا تغدروا ولا تمثلوا»*. والغُلول[١١]: السرقة من المغنم[١٢]، والغدر[١٣]: الخيانة، ونقض العهد،

والشافعية معنا في ذلك، وأخذ المالكية بإطلاقه، قال القرطبي: لا فرق بين الجيوش والسرايا؛ عملا بإطلاق الناس.

واعلم أن المراد بالقرآن في الحديث المصحف، وقد جاء مفسراً في بعض الروايات، وأشار إليه البخاري بقوله: باب السفر بالمصاحف إلى أرض العدو. (ب)

* راجع نصب الراية ج٣ ص٣٨٣، والدراية ج٢، الحديث ٦٩٨ ص١١٦. (نعيم)

(١٥) أي الكفار.

(١) لا في السرية.

(٢) أي مداوة أهل المرض والجرح.

(٣) جمع شابة.

(٤) أي العجائز. (ب)

(٥) قوله: "إلا عند الضرورة" وقد روى أن أم سلمة قاتلت يوم خيبر حتى قال النبي ﷺ: «مقامها خير من فلان وفلان. (ب)

(٦) أي للجماع.

(٧) أي للجماع والخدمة.

(٨) إشارة إلى قوله: لتقدم حق الزوج والمولى. (ب)

(٩) قوله: "إلا أن يهجم العدو" استثناء من قوله: ولا تقاتل المرأة، ولا العبد يعني عند الضرورة يقاتلان، فإن الجهاد ح فرض عين. (ب)

(١٠) تقدم في حديث بريدة. (ت)

* اجع نصب الراية ج٣ ص٣٨٥، والدراية ج٢، الحديث ٦٩٩ ص١١٦. (نعيم)

(١١) بالضم. (ن)

(١٢) أي الغنيمة.

والمُثلة المروية[1] في قصة العُرنيين[2] منسوخة بالنهى المتأخر[3] هو المنقول*. ولا يقتلوا امرأة[4]، ولا صبيًا، ولا شيخًا فانيًا[5]، ولا مُقْعدًا، ولا أعمى؛ لأن المبيح للقتل عندنا هو الحِرَاب[6]، ولا يتحقق منهم، ولهذا لا يُقتل يابس الشق[7]، والمقطوع اليمنى، والمقطوع يده ورجله من خلاف. والشافعي رحمه الله يخالفنا في الشيخ والمقعد والأعمى؛ لأن المبيح[8] عنده الكفر، والحجة عليه ما بينا[9]. وقد صح[10]

---

(١٣) بفتح: بے وفائی کردن. (م)

(١) قوله: "والمثلة المروية إلخ" جواب سؤال مقدر، كان قائلا يقول: هذا الحديث يدل على تحريم المثلة، وحديث العرنيين يدل على إباحتها. (ب)

(٢) قوله: "العرنيين" جمع عريني تصغير عرنة، قال ابن الملك: عرنة وادٍ بحذاء عرفة، وهي قبيلة ينسب إليها العرنيون، سقطت ياء التصغير وتاء التأنيث عن النسبة، كما يقال: في جهينة جهني. (قمر الأقمار لنور الأنوار لمولانا محمد عبد الحليم أدخله الله في دار النعيم)

(٣) قوله: "منسوخة بالنهي المتأخر" قلت: أخرج البخاري ومسلم حديث العرنيين من رواية سعيد عن قتادة عن أنس أن نفرا من عكل، وفي لفظ: «أن ناساً من عرينة قدموا إلى رسول الله ﷺ فبايعوه على الإسلام فاستوخموا وسقمت أبدانهم فشكوا ذلك إليه فقال ﷺ ألا تخرجون مع راعينا فتصيبون من أبوال الإبل وألبانها قالوا بلى فخرجوا فصحوا ثم مالوا إلى الرعاة فقتلوهم وارتدوا واستاقوا إبل رسول الله ﷺ فبلغه ذلك فبعث في أثرهم فأتي بهم فقطع أيديهم وأرجلهم وسمل أعينهم وتركهم في الحرة وأمر بمسامير فأحميت ثم كحلهم بها وتركهم بالحرة يستسقون فلا يسقون». وفي آخره قال قتادة: فحدثني محمد ابن سيرين أن ذلك قبل أن ينزل الحدود، وفي لفظ للبيهقي عن أنس: «فما خطبنا رسول الله ﷺ بعد هذا خطبة إلا نهى عن المثلة».

قال في "المعرفة": حديث العرنيين إما أن يحمل على النسخ، كما روى عن ابن سيرين وقتادة، وبه قال الشافعي: أو يحمل على أنه فعل بهم ما فعل بالرعاة، وقد جاء في "صحيح مسلم" عن أنس قال: "إنما سمل أعينهم؛ لأنهم سملوا أعين الرعاء". (ت)

* راجع نصب الراية ج٣ ص٣٨٥، وانظر في الدراية ج٢ تحت الحديث ٦٩٩ ص١١٦. (نعيم)

(٤) هذا كله من كلام القدوري.

(٥) قوله: "ولا شيخا فانيا" قال في "الذخيرة": هذا الجواب في الشيخ الكبير الفاني الذي لا يقدر على القتال، ولا على الصياح عند التقاء الصفين، ولا يقدر على الحيل، ولا يكون من أهل الرأي والتدبير، أما إذا كان يقدر على ذلك يقتل؛ لأنه بقتاله محارب، وبصياحه محرض، وبالأحيال يكثر المحارب، وقد صح أن رسول الله ﷺ قتل دريد بن الصمة، وكان ابن مائة وعشرين، وفي رواية ابن مائة وستين؛ لأنه كان صاحب رأي. (ع)

(٦) جمع حرب.

(٧) قوله: "يابس الشق" العلج، ويراد به ذهاب حركته؛ لأنه ميت حقيقة، كذا في "المغرب". (ب)

(٨) أي للقتل.

(٩) قوله: "والحجة عليه ما بينا" وهو قوله: لأن المبيح إلخ فإن قلت: الشافعي يستدل بقوله عليه السلام: «اقتلوا شيوخ المشركين»، قلت: المراد بهم الذين يقاتلون. (ب)

أن النبى عليه السّلام نهى * عن قتل الصبيان والذرارى(٢)، وحين رأى رسول الله ﷺ امرأةً مقتولة قال: «هاه(٣) ما كانت هذه تقاتل فلم قُتلت»**. قال: إلا أن يكون أحد هؤلاء ممن له رأىٌ فى الحرب، أو تكون المرأة ملكةً(٤)؛ لتعدى ضررها إلى العباد، وكذا يقتل مَن قاتل من هؤلاء(٥)؛ دفعًا لشره، ولأن القتال مبيح حقيقةً(٦). ولا يقتلوا مجنونًا؛ لأنه غير مخاطب(٧) إلا أن يقاتل، فيقتل؛ دفعًا لشره غير أن الصبى والمجنون يقتلان ما داما يقاتلان، وغيرهما لا بأس بقتله بعد الأسر(٨)؛ لأنه من أهل العقاب لتوجّه الخطاب نحوه(٩)، وإن كان يجنّ ويفيق، فهو فى حال إفاقته كالصحيح(١٠). ويكره أن يبتدئ الرجل أباه(١١) من المشركين

(١٠) قوله "قد صح إلخ" هذا الحديث لم يتكلم عليه أحد من الشراح غير أن بعضهم قالوا: إن المراد بالذرارى النساء مجازا، باعتبار النسب؛ إذ النساء سبب لحصول الذرارى، ولايمكن جريه على حقيقته بدليل عطفه على الصبيان. قلت: هذا التكلف لأجل قول المصنف: وقد صح، ولم يصح بهذا اللفظ، وإنما الذى صح ما رواه الجماعة إلا ابن ماجة عن ابن عمر قال: إن امرأة وجدت فى بعض مغازى رسول الله ﷺ فنهى عن قتل النساء والصبيان. (ب)

* راجع نصب الراية ج٣ ص٣٨٦، والدراية ج٢، الحديث ٧٠٠ ص١١٦. (نعيم)

(٢) أى النساء، أخرجه أبو داود والنسائى وعبد الرزاق. (ب)

(٣) حرف تنبيه لحق بآخره هاء السكتة.

** راجع نصب الراية ج٣ ص٣٨٧، والدراية ج٢، الحديث ٧٠١ ص١١٦. (نعيم)

(٤) بفتحتين.

(٥) أى الشيخ الفانى والمقعد والأعمى والمرأة. (ب)

(٦) لكفرهم.

(٧) بالشرائع.

(٨) أى الحبس.

(٩) بالعقل والبلوغ.

(١٠) قوله: "كالصحيح" يعنى يقتل، سواء قاتل أو لم يقاتل كالصحيح، فإنه يقتل وإن لم يقاتل، لكنه إنما يقتل فى حال إفاقته. (عناية)

(١١) قوله: "ويكره أن يبتدئ إلخ" فإن قلت: عموم الآيات الواردة فى وجوب القتال يقتضى أن يصح البداية بقتل الأب المشرك، قلت: نعم، لكن خصت تلك الآيات بقوله تعالى: ﴿وإن جاهداك على أن تشرك بى ما ليس لك به علم فلا تطعهما وصاحبهما فى الدنيا معروفا﴾، فإنها نزلت فى الأبوين الكافرين، وليس من

فيقتله[١]؛ لقوله تعالى: ﴿وصاحبهما فى الدنيا معروفًا﴾، ولأنه يجب عليه[٢] إحياءه بالإنفاق[٣]، فيناقضه الإطلاق فى إفنائه. فإن أدركه امتنع عليه حتى يقتلَه غيرُه[٤]؛ لأن المقصود يحصل بغيره من غير اقتحامه[٥] المأثم، وإن قصد الأب قتله، بحيث لا يمكنه دفعه إلا بقتله لا بأس به؛ لأن مقصوده الدفع[٦]. ألا ترى أنه لو شهر الأب المسلم سيفه على ابنه، ولا يمكنه دفعه[٧] إلا بقتله يقتله؛ لما بينا[٨]، فهذا أولى.

باب الموادعة[٩] ومن يجوز أمانه

وإذا رأى الإمام أن يُصالح أهل الحرب، أو فريقًا منهم، وكان فى ذلك مصلحة[١٠] للمسلمين، فلا بأس به[١١]؛ لقوله تعالى[١٢]: ﴿وإن جنحوا

المصاحبة بالمعروف أن يقصد بقتلهما، وذكر فى "الذخيرة": أنه يلجئه إلى موضع يجيء به غيره فيقتله. (د)

(١) بنصب اللام. (ب)

(٢) قوله: "ولأنه يجب عليه [أى على الابن] إلخ" قلت: هذا التعليل مشكل بوجهين: أحدهما: ما ذكره بعض الشارحين فى باب النفقة أن الآباء والأمهات والأولاد إذا كانوا حربيين، أو مستأمنين لا يجب نفقتهم على المسلم؛ لأنا نهينا عن البر فى حقهم، اللّهم إلا أن يعتبر وجوب الإنفاق فى الجملة، وإنفاق الأبوين مع اختلاف لدين واجب فى الجملة. وثانيهما: أنه يباح للأب أن يقتل الابن قصاصا مع أنه يجب عليه إنفاقه وإحياءه، فيناقضه فناءه إلا أن يقال: الإحياء الواجب على الولد بالإنفاق أقوى مما يجب على الوالد. (د)

(٣) نفقه دادن.

(٤) أى غير الابن.

(٥) أى ارتكابه.

(٦) أى دفع المضرة عن نفسه.

(٧) أى لا يمكن للابن دفعه إلا بأن يقتل الأب.

(٨) إشارة لقوله: لأن المقصود.

(٩) قوله: "باب الموادعة أى المصالحة، وسميت بها؛ لأنها متاركة، وهى من الودع، وهو الترك، وذكر ترك القتال بعد ذكر القتال ظاهر المناسبة. (عناية)

(١٠) قوله: "وكان فى ذلك مصلحة" قيل عليه: إن قوله تعالى: ﴿وإن جنحوا للسلم﴾ ليس بمقيد بالمصلحة، فكان الاستدلال به مخالفًا للمدعى، وأجيب بأن هذه الآية محمولة على ما إذا كانت فى المصالحة مصلحة للمسلمين بدليل آية أخرى، وهى قوله تعالى: ﴿ولا تهنوا ولا تدعوا إلى السلم وأنتم الأعلون﴾. (ع)

(١١) قوله: "فلا بأس به" ولا يجب عليه؛ لأن الصلح إنما شرع نفعًا للمسلمين، فلو وجب لصار حقًا عليهم، فينقلب الحكم على عكسه. (ك)

(١٢) قوله: "لقوله تعالى: ﴿وإن جنحوا للسلم﴾ إلخ" أى إن مالوا إلى الصلح يقال: جنح له وإليه، إذا

للسَّلْم فاجنَحْ لها وتوكل على الله﴾.

ووادع رسول الله عليه السّلام[١] أهل مكة عام الحُديبيّة على أن يضع الحربَ بينه وبينهم[٢] عشر سنين*، ولأن الموادعة جهاد معنى إذا كان خيرًا للمسلمين؛ لأن المقصود -وهو دفع الشر[٣]- حاصل به، ولا يقتصر الحكم[٤] على المدة المروية؛ لتعدى المعنى إلى ما زاد عليها[٥]، بخلاف ما إذا لم تكن خيرًا[٦]؛ لأنه ترك الجهاد صورةً ومعنًى[٧].

وإن صالحهم مدة، ثم رأى نقض الصلح أنفع، نَبذ إليهم[٨] الإمام

مال، وفي السلم: ثلاث لغات فتح السين وكسرها وفتح السين واللام جميعًا. (ب)

(١) قوله: "ووادع إلخ" رواه أحمد بسنده مطولا من حديث محمد بن إسحاق، وفيه: «خرج رسول الله ﷺ عام الحديبية يريد زيارة البيت لا يريد قتالا وكان الناس سبع مائة إلى أن قال: هذا ما اصطلح عليه من محمد بن عبد الله وسهيل بن عمرو على وضع الحرب عشر سنين يأمن فيها الناس ويكف بعضهم بعضًا»، الحديث، وكلام الإنزارى يدل على أن عشر سنين غير صحيح، بل سنتان، كما أخرجه البيهقي، وليس كذلك. (ب)

(٢) أي الكفار.

* راجع نصب الراية ج٣ ص٣٨٨، والدراية ج٢، الحديث ٧٠٢ ص١١٧. (نعيم)

(٣) قوله: "وهو دفع الشر" قلت: قد وقع في غير موضع أن المقصود منه إعلاء كلمة الله تعالى، وهو ينافي ما ههنا. (د)

(٤) قوله: "ولا يقتصر الحكم" أخرج القصة البيهقي في "دلائل النبوة" عن موسى بن عقبة مرسلا، فذكر القصة، وفي آخرها: «فكان الصلح سنتين»، ثم قال البيهقي: قوله: «سنتين» يريد بقاءه حتى نقض المشركون عهدهم، وخرج رسول الله ﷺ عام الفتح، فأما المدة التي وقع عليها الصلح، فيشبه أن يكون المحفوظ فيها ما رواه محمد بن إسحاق، وهي عشر سنين، انتهى. وقال السهيلي في "الروض الأنف": اختلف العلماء، هل يجوز الصلح على أكثر من عشر سنين، وحجة المانعين أن منع الصلح هو الأصل بدليل آية القتال، وقد ورد التحديد بالعشر، فحصلت الإباحة بهذا القدر، فبقي الباقي على الأصل. (ت)

(٥) قوله: "إلى ما زاد عليها" لا وجه لتخصيص الزيادة بالذكر؛ إذ المعنى الداعي إلى المصالحة، كما يدعو إلى أكثر من عشر سنين، كذلك يدعو إلى الأقل أيضًا، فكان التخصيص؛ لأن اختلاف العلماء إنما وقع في الزيادة. (د)

(٦) متصل بقوله: إذا كان خيرًا. (ب)

(٧) قوله: "صورة ومعنى" أما صورة: فظاهر؛ لأنه ترك القتال، وأما معنى: فلأنه لما لم تكن فيه مصلحة للمسلمين لم يكن في تلك الموادعة دفع الشر، فلم يحصل الجهاد معنى. (ب)

(٨) قوله: "نبذ إليهم [أي نقض العهد، وأرسل خبره إليهم. ب]" من النبذ، وهو الطرح، والمراد به نقض العهد، ولا بد من بلوغ النبذ إلى جميعهم. (ب)

وقاتلهم؛ لأنه عليه السلام[1] نبذ الموادعة التى كانت بينه وبين أهل مكة*، ولأن المصلحة لما تبدلت كان النبذ جهاداً، وإيفاء العهد ترك الجهاد صورة ومعنى، فلا بد من النبذ تحرزاً عن الغدر، وقد قال عليه السلام فى العهود: «وفاء لا غدرٌ»[2]**، ولا بد من اعتبار مدة[3] يبلغ فيها خبر النبذ[4] إلى جمعهم[5]، ويكتفى فى ذلك بمضى مدة يتمكن مَلِكُهم بعد علمه بالنبذ من إنفاذ الخبر إلى أطراف مملكته؛ لأن بذلك[6] ينتفى الغدر. قال[7]: وإن بدأوا بخيانةٍ قاتلهم[8]، ولم ينبذ إليهم[9] إذا كان ذلك[10] باتفاقهم؛ لأنهم صاروا ناقضين للعهد، فلا حاجة إلى نقضه،

---

(١) قوله: "لأنه عليه السلام إلخ" كانت هذه الموادعة يوم الحديبية، وكان فيها، من شاء أن يدخل فى عقد قريش وعهدهم دخل، فدخلت خزاعة فى عهد رسول الله ﷺ، ودخلت بنو بكر فى عقد قريش، فمكثوا ثمانية، أو سبعة عشر شهراً، ثم إن بنى بكر قاتلوا خزاعة قريب من مكة، ووصل الخبر إلى رسول الله ﷺ، فأمر الناس فتجهزوا، فقال أبو بكر: يا رسول الله! ألم تكن بينك وبينهم موادعة، فقال: «ألم يبلغك ما فعلوا»، رواه البيهقى فى "دلائل النبوة". (ب)

* راجع نصب الراية ج٣ ص٣٩٠، والدراية ج٢، الحديث ٧٠٤ ص١١٧. (نعيم)

(٢) قوله: "وفاء لا غدر" قلت: هكذا وقع فى الكتاب، والموجود فى كتب الحديث موقوفاً على عمرو ابن عنبسة، أخرجه أبو داود والنسائى والترمذى عن مسلم بن عامر، قال: كان بين معاوية وبين الروم عهد، وكان يسير نحو بلاد الروم، حتى إذا انقضى العهد غزاهم، فجاء رجل على فرس، وهو يقول: الله أكبر الله أكبر وفاء لا غدر، فنظروا فإذا هو عمرو بن عنبسة، فسأله معاوية، فقال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «من كان بينه وبين قوم عهد فلا ينبذ عقده ولا يحله حتى ينقضى أمدها أو ينبذ إليهم على سواء»، فرجع معاوية بالناس. (ت)

** راجع نصب الراية ج٣ ص٣٠٩٠، والدراية ج٢، الحديث ٧٠٣ ص١١٧. (نعيم)

(٣) قوله: "ولا بد من اعتبار إلخ" قال الله تعالى: ﴿وإما تخافن من قوم خيانة فانبذ إليهم على سواء﴾ أى على سواء منكم ومنهم فى العلم بذلك، فعرفنا أنه لا يحل قتالهم قبل النبذ، وقبل أن يعلموا بذلك. (ع)

(٤) أى طرح العهد.

(٥) أى الكفار.

(٦) أى بمضى المدة المذكورة.

(٧) أى القدورى. (ب)

(٨) أى الإمام.

(٩) أى ولم يرسل خبر الطرح إليهم.

(١٠) أى نقض العهد.

بخلاف ما إذا دخل جماعة منهم[١]، فقطعوا الطريق، ولا مَنَعَةَ لهم حيث لا يكون هذا نقضًا للعهد[٢]، ولو كانت لهم مَنَعةٌ[٣]، وقاتلوا[٤] المسلمين علانيةً يكون نقضًا للعهد في حقهم دون غيرهم؛ لأنه بغير إذن مَلِكهم، ففعلهم لا يلزم غيرهم، حتى لو كان بإذن ملكهم صاروا ناقضين للعهد؛ لأنه[٥] باتفاقهم[٦] معنًى.

وإذا رأى الإمام[٧] موادعة أهل الحرب، وأن يأخذ على ذلك مالا، فلا بأس به؛ لأنه لما جازت الموادعةُ بغير المال، فكذا بالمال، لكن هذا إذا كان[٨] بالمسلمين حاجة، أما إذا لم يكن لا يجوز؛ لما بينا من قبل[٩].

والمأخوذ من المال يُصرف مصارف الجزية[١٠]، هذا إذا لم ينزلوا بساحتهم[١١]، بل أرسلوا[١٢] رسولا[١٣]؛ لأنه في معنى الجزية، أما إذا أحاط الجيش[١٤] بهم، ثم أخذوا المال، فهو غنيمة يخمسها[١٥]، ويقسم

(١) أي من أهل دار الحرب.

(٢) لا في حقهم، ولا في حق غيرهم. (ب)

(٣) بفتحتين جمع مانع.

(٤) أي الجيش لأنه تمنع عنهم.

(٥) أي فعلهم هذا.

(٦) أي باتفاق الكل.

(٧) قوله: "وإذا رأى الإمام إلخ" إنما كرر هذا بعد أن بين حكم موادعة أهل الحرب؛ لأن القدوري لم يذكر الموادعة على المال، ولم يذكر الموادعة مع المرتدين أيضًا، وذكر كل ذلك في "الجامع الصغير"، فلذلك كرر موادعة أهل الحرب، والموادعة على المال. (عناية)

(٨) أي جواز الموادعة على المال.

(٩) أي أن المقصود هو إعلاء كلمة الله لا أخذ المال. (ك)

(١٠) ولا خمس فيه.

(١١) ساحت فضا وخانه سرا. (م)

(١٢) للحرب.

(١٣) أي بدارهم.

(١٤) أي جيش المسلمين.

الباقي بينهم؛ لأنه مأخوذ بالقهر معنًى[١]. وأما المرتدون: فيُوادعهم الإمام حتى ينظروا في أمرهم؛ لأن الإسلام مرجُوّ منهم، فجاز تأخير قتالهم[٢] طمعًا في إسلامهم، ولا يأخذوا عليه مالا؛ لأنه[٣] لا يجوز أخذ الجزية منهم؛ لما نبين[٤]. ولو أخذه لم يرده؛ لأنه مال غير معصوم[٥]، ولو حاصر العدو المسلمين، وطلبوا الموادعة على مال[٦] يدفعه المسلمون إليهم، لا يفعل الإمام؛ لما فيه من إعطاء الدنيئة[٧]، وإلحاق المذلة بأهل الإسلام إلا إذا خاف الهلاك[٨]؛ لأن دفع الهلاك واجب بأي طريق يمكن[٩]. ولا ينبغي أن يباع السلاح من أهل الحرب، ولا يجهّز إليهم[١٠]؛ لأن النبي عليه السلام «نهى عن بيع السلاح من أهل الحرب[١١] وحمله إليهم»*، ولأن فيه

---

(١٥) قوله: "فهو غنيمة يخمسها" أي يخرج الخمس منها، ثم يقسم الباقي عليهم بين جيش المجاهدين الغانمين. (ب)

(١) قوله: "لأنه مأخوذ بالقهر معنى" يعني فيكون كالمأخوذ قهرًا صورة ومعنى، وهو المأخوذ بعد الفتح بالقتال. (عناية)

(٢) قوله: "فجاز تأخير قتالهم" قال أبو الليث في "شرح الجامع الصغير": هذا إذا غلب المرتدون على مدينة الإسلام. (ب)

(٣) ضمير الشأن.

(٤) أي في باب الجزية. (ب)

(٥) قوله: "لأنه مال غير معصوم" لأنه مال المرتدين فيء للمسلمين إذا ظهروا عليه، بخلاف ما إذا أخذ من أهل البغي، حيث يرده عليهم بعد ما يضع الحرب أوزارها؛ لأنه ليس بفيء، إلا أنه لا يرده حال الحرب؛ لئلا يكون إعانة لهم على المعصية. (ب)

(٦) موصوف.

(٧) أي النقيصة. (عناية)

(٨) قوله: "إلا إذا خاف الهلاك" يعني على نفسه، وعلى نفوس سائر المسلمين، فحينئذ لا بأس بدفع المال. (ع)

(٩) قوله: "بأي طريق يمكن" هذا لا يجري على عمومه، فإنه ليس دفع الهلاك عن نفسه في صورة الإكراه إلا بتلفظ كلمة الكفر، فينبغي أن يجب ولا يجب، بل هو مرخص به، كذا لو أكره بقتل نفسه، أو قتل غيره، فعلم أن المراد بأي طريق سوى الصور التي هي للإباحة. (ب)

(١٠) أي لا يحتمل التجار الجهاز إليهم أي المتاع، وهو السلاح.

(١١) قوله: "لأن النبي ﷺ نهى عن بيع السلاح من أهل الحرب، وحمله إليهم" غريب بهذا اللفظ،

تقويتهم على قتال المسلمين، فيمنع من ذلك، وكذا الكراع[١]؛ لما بينا[٢]. وكذا الحديد[٣]؛ لأنه أصل السّلاح، وكذا بعد الموادعة؛ لأنها على شرف النقض، أو الانقضاء[٤]، فكانوا حربًا علينا، وهذا[٥] هو القياس في الطعام والثوب إلا أنا عرفناه[٦] بالنص، فإن عليه السلام أمر ثمامة[٧] أن يَمير[٨] أهل مكة، وهم[٩] حرب عليه*.

فصل[١٠]

إذا أمن رجل حر، أو امرأة حرة كافرًا، أو جماعةً، أو أهل حصن، أو مدينة، صح أمانهم[١١]، ولم يكن لأحد من المسلمين قتالهم[١٢]،

وروى البيهقي والبزار والطبراني عن عمر: «أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع السلاح بالفتنة»، وسنده ضعيف. (ت)

* راجع نصب الراية ج٣ ص٣٩١، والدراية ج٢، الحديث ٧٠٥ ص١١٧. (نعيم)

(١) بالضم: پارچه' گوسفند وگاؤ وجز آن، المراد الخيل. (ب)

(٢) إشارة إلى قوله: لأن فيه تقويتهم.

(٣) قوله: "وكذا الحديد إلخ" قلت: ذكر أبو الليث في "شرح الجامع الصغير" أن بيع الحديد منهم لا يكره؛ لأن نفسه ليس بآلة الجهاد والفتنة كالعصير، وهو مثل ما قاله فخر الإسلام، وهو التحقيق إلا أن ظاهر الرواية بخلاف ذلك، ألا ترى إلى أنه نص الحاكم على تسوية الحديد بالسلاح، وتبعه المصنف. (ب)

(٤) أي انقضاء مدتها. (ب)

(٥) أي عدم جواز بيع ذلك.

(٦) أي جواز ذلك. (ب)

(٧) قوله: "أمر ثمامة" بضم الثاء المثلثة لم يتكلم أحد من الشراح على هذا الحديث، وقد رواه البيهقي في "دلائل النبوة" في قصة إيمان ثمامة، قال: والله إني ما صبوت، ولكني أسلمت حين قاله الكفار: صبوت يا ثمامة! وأيم الذي نفس ثمامة بيده لا يأتيكم حبة من اليمامة، وانصرف إلى بلده، ومنع الحمل إليهم، حتى كتب قريش إلى رسول الله ﷺ يسألونه بأرحامهم أن يأمر ثمامة أن يخلي عنهم، فأمره رسول الله ﷺ بذلك. (ب)

(٨) قوله: "أن يمير" يقال: مار أهله أتاه بالميرة، وهو الطعام. (مغرب)

(٩) قوله: "وهم" أي الكفار حرب على رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم. (ب)

* راجع نصب الراية ج٣ ص٣٩١، والدراية ج٢، الحديث ٧٠٦ ص١١٨. (نعيم)

(١٠) في بيان أحكام الأمان. (ب)

(١١) قوله: "صح أمانهم" أي أمان جماعة من الكفار، وأهل الحصن، والمصدر مضاف إلى مفعوله، وطوى

والأصل فيه قوله عليه السلام[١]: «المسلمون تتكافأ[٢] دماءهم ويسعى بذمتهم[٣] أدناهم»* أي أقلهم[٤]، وهو الواحد، ولأنه[٥] من أهل القتال، فيخافونه[٦]؛ إذ هو من أهل المنعة، فيتحقق الأمان منه لملاقاته محله[٧]، ثم يتعدى إلى غيره[٨]، ولأن سببه لا يتجزأ[٩]، وهو الإيمان[١٠]، وكذا الأمان لا يتجزأ[١١] فيتكامل كولاية الإنكاح.

قال: إلا أن يكون[١٢] في ذلك مفسدة، فينبذ إليهم، كما إذا أمن

ذكر الفاعل. (ب)

(١٢) قوله "ولم يكن لأحد من المسلمين قتالهم" سواء كان الرجلالحر الذى أمنهم أعمى، أو شيخًا، أو مريضًا.(ب)

(١) أخرجه الدارقطني وابن ماجة.

(٢) أي تتساوى في القصاص والديات لا فضل للشريف على الوضيع. (ب)

(٣) الذمة: العهد والضمان. (ب)

* راجع نصب الراية ج٣ ص٣٩٣، والدراية ج٢، الحديث ٧٠٧ ص١١٨. (نعيم)

(٤) قوله: "أي أقلهم" إنما فسره بهذا احترازًا عن تفسير محمد حيث هو فسره بالعبد؛ لأنه أدنى المسلمين، فجعل الأدنى ههنا من الدناءة، وجعله غيره من الدنو. (ب)

(٥) قوله: "ولأنه" أي كل واحد من الرجل والمرأة، أما الرجل: فظاهر، وأما المرأة: بأن تخرج للمداواة والطبخ، وذلك منها جهاد. (ب)

(٦) قوله: "فيخافونه" ضمير المنصوب في يخافونه، وقوله: إذ هو، وقوله: منه كلها ترجع إلى الذى رجع إليه ضمير لأنه.

(٧) وهو محل الخوف. (ع)

(٨) قوله: "إلى غيره" أي غير الذى أمن من أهل الإسلام، كما في شهادة رمضان، فإن الصوم يلزم من شهد برؤية الهلال أولا، ثم يتعدى منه إلى غيره. (عناية)

(٩) قوله: "ولأن سببه إلخ" استدل المصنف بالمعقول على وجهين، جعل المناط في أحدهما كون من يعطى الأمان من يخافونه، وفي الآخر الإيمان. والأول يقتضي عدم جواز أمان العبد المحجور، والتاجر والأسير، والثاني يقتضي جوازه ولو جعلهما علة واحدة بحذف الواو يقع علة لقوله: ثم يتعدى لكان أولى. (ع)

(١٠) أي التصديق بالقلب. (ع)

(١١) قوله: "وكذا الأمان لا يتجزأ" فإذا تحقق من البعض، فإما أن يبطل أو يكمل، ولا يجوز الأول بعد تحقق السبب، فتحقق الثاني، وهو معنى قوله: فليتكامل أي ينفرد به كل مسلم كولاية الإنكاح في ما إذا وجد الإنكاح من أحد الأولياء المساوية في الدرجة صح النكاح في حق الكل؛ لأن سبب جوازه، وهو القرابة غير متجز، فلا يتجزأ الولاية. (ب)

(١٢) قوله: "إلا أن يكون" استثناء من قوله: صح أمانهم أي إلا أن يكون في الأمان فساد في حق المسلمين، فينبذ إليهم أي يعلم الإمام أهل الحرب بالنبذ؛ دفعا للغرر عنهم. (بناية للعيني)

الإمام بنفسه، ثم رأى المصلحة فى النبذ، وقد بيناه[١]، ولو حاصر الإمام حصنًا، وأمن واحد من الجيش، و[٢] فيه مفسدة ينبذ الإمام الأمان؛ لما بينا[٣]، ويؤدّبه الإمام لافتياته على رأيه[٤]، بخلاف ما إذا كان فيه[٥] نظر[٦]؛ لأنه ربما تفوت المصحلة بالتأخير، فكان معذورًا، ولا يجوز أمان ذمى؛ لأنه متهم بهم[٧]، وكذا لا ولاية له على المسلمين[٨].

قال: ولا أسير ولا تاجر يدخل عليهم[٩]؛ لأنهما مقهوران تحت أيديهم، فلا يخافونهما[١٠]، والأمان يختص بمحل الخوف[١١]، ولأنهما يجبران عليه[١٢]، فيعرى الأمان عن المصلحة[١٣]، ولأنهم كلما اشتد الأمر عليهم يجدون أسيرًا أو تاجرًا، فيتخلصون[١٤] بأمانه، فلا ينفتح[١٥] لنا باب الفتح، ومن أسلم فى دار الحرب، ولم يهاجر إلينا لا يصح أمانه؛

(١) أى أول فصل الموادعة. (ب)

(٢) الواو حالية.

(٣) أى فى فصل الموادعة. (ب)

(٤) قوله: "لافتياته على رأيه" قال أهل اللغة: الافتيات انتقال من الفوت، وهو السبق إلى الشيء، وأصله الافتوات؛ لأنه من الفوت أجوف واوى، فقلبت الواو ياء لتحركها، وانكسار ما قبلها. (ب)

(٥) أى فى أمان هذا الواحد.

(٦) أى مصلحة.

(٧) أى بالكفار للإلحاد فى الاعتقاد. (ب)

(٨) قوله: "على المسلمين" وأمان الذى لو صح لزم حكمه على المسلمين ابتداء لا أنه يلزمه حكمه أولا، ثم يتعدى إلى آخره حتى لا يكون من باب الولاية؛ إذ لا حق له فى الغنيمة. (ملا إله داد)

(٩) أى على أهل الحرب.

(١٠) أى لا يخاف الكفار من الأسير والتاجر. (ب)

(١١) أى على أهل الحرب.

(١٢) أى يجبره الكفار عليه.

(١٣) قوله: "عن المصلحة" والأمان شرع لمصلحة المسلمين، ولا مصلحة فى أمان حصل عن إكراه مفسد للتراخى. (ب)

(١٤) عن الشدائد.

(١٥) لأنه ينسد من الأمان.

لما بينا[١]. ولا يجوز أمان العبد المحجور عند أبي حنيفة إلا أن يأذن[٢] له مولاه في القتال، وقال محمد: يصح[٣]، وهو قول الشافعي، وأبو يوسف معه في رواية[٤]، ومع أبي حنيفة في رواية[٥]. لمحمد قوله عليه السلام: «أمان العبد أمانٌ»*، رواه أبو موسى الأشعري[٦]، ولأنه مؤمن ممتنع[٧]، فيصح أمانه اعتبارًا بالمأذون له في القتال[٨]، وبالمؤبد[٩] من الأمان، فالإيمان[١٠] لكونه شرطًا للعبادة، والجهاد عبادة، والامتناع[١١] لتحقق إزالة الخوف به، والتأثير[١٢] إعزاز الدين، وإقامة المصلحة في حق جماعة المسلمين؛ إذ الكلام في مثل هذه الحالة[١٣]، وإنما لا يملك[١٤]

---

(١) أي أن الأمانات تختص بمحل الخوف. (ك)

(٢) فح يصح أمانه أيضًا.

(٣) أي مطلقًا.

(٤) ذكرها الكرخي، واعتمد عليه القدوري في شرحه.

(٥) قوله: "ومع أبي حنيفة في رواية" ذكرها الطحاوي، واعتمد عليها صاحب "الأسرار". (ع)

* راجع نصب الراية ج٣ ص٣٩٦، والدراية ج٢، الحديث ٧٠٨ ص١١٨. (نعيم)

(٦) قوله: "رواه أبو موسى الأشعري" قلت: غريب، وروى عبد الرزاق عن فضيل قال: شهدت قرية من قرى فارس حتى إذا كنا ذات يوم تخلف عبد منا فاستأمنوه، فكتب إليهم في سهم أمانًا، ثم رمى به إليهم، فلما رجعنا إليهم خرجوا في ثيابهم، ووضعوا أسلحتهم، فقلنا: ما شأنكم، فقالوا: آمنتمونا، وأخرجوا إلينا السهم، فقلت: هذا عبد، والعبد لا يقدر على شيء، فقالوا: قد خرجنا بأمان، فكتبنا إلى عمر، فكتب عمر أن العبد المسلم من المسلمين، فأمانه أمانهم، ورواه ابن أبي شيبة في "مصنفه". (ت)

(٧) أي ذو قوة. (ب)

(٨) والجامع إعلاء كلمة الله. (ب)

(٩) قوله: "وبالمؤبد" يعني عقد الذمة، فإن الحربي إذا عقد عقد الذمة مع العبد صح، ويصير ذميًا. (ب)

(١٠) أي شرطنا الإيمان في قولنا: لأنه مؤمن ممتنع ليصح أمانه.

(١١) أي شرطنا الامتناع.

(١٢) أي العلة الجامعة في قياس المحجور على المأذون. (ب)

(١٣) أي حالة المصلحة. (ب)

(١٤) قوله: "وإنما لا يملك" جواب عما يقال: الأصل في الجهاد، وهو المسايفة، وهو لا يملك، فلا يملك الأمان أيضًا. (ع)

المسايفة؛ لما فيه من تعطيل منافع المولى، ولا تعطيل فى مجرد القول.

ولأبى حنيفة أنه محجور عن القتال، فلا يصح أمانه؛ لأنهم لا يخافونه[١]، فلم يلاقِ الأمان محله، بخلاف المأذون له فى القتال[٢]؛ لأن الخوف منه متحقق، ولأنه[٣] إنما لا يملك المسايفة؛ لما أنه تصرف فى حق المولى على وجهٍ لا يعرى[٤] عن احتمال الضرر فى حقه، والأمان[٥] نوع قتال، وفيه ما ذكرناه[٦]؛ لأنه قد يخطئ، بل هو الظاهر[٧]، وفيه سدّ باب الاستغنام[٨]. بخلاف المأذون[٩]؛ لأنه رضى به[١٠]، والخطأ نادر لمباشرته القتال[١١]، وبخلاف المؤبد[١٢]؛ لأنه خَلَف[١٣] عن الإسلام، فهو بمنزلة الدعوة[١٤] إليه، ولأنه مقابل بالجزية[١٥]، ولأنه مفروض عند مسألتهم[١٦]

---

(١) قوله: "لأنهم لا يخافونه" ويعلم ذلك بترك المسايفة، فإنهم لما رأوه شابًا مقتدرًا على القتال، ولا يحمل السلاح علموا أنه عبد محجور، فلا يخافونه. (ع)

(٢) يشير إلى أن قياس المحجور على المأذون قياس مع الفارق.

(٣) أى العبد المحجور.

(٤) أى لا يخلو.

(٥) قوله: "والأمان نوع قتال [فلا يملكه أيضًا]" لأن المقصود بالقتال دفع شر الكفار، وبالأمان يحصل ذلك. (ك)

(٦) قوله: "وفيه ما [التصرف فى حق المولى] ذكرناه" أى وفى الأمان من العبد المحجور ما ذكرناه فى قتله. (ك)

(٧) قوله: "بل هو الظاهر" لأن اشتغاله بخدمة المولى يمنعه عن التعلم بآداب الحرب. (ب)

(٨) قوله: "وفيه سد باب الاستغنام" أى فى الأمان سد باب الاستغنام على المسلمين، وذلك ضرر فى حقهم، وتوضيحه أن أمانه لو صح يحرم القتال، فلا يحصل الاستغنام، وهو يضر بالمسلمين، فإذا كان ممنوعًا عن الضرر فى حق المولى، كيف يصح منه ما يضر المولى والمسلمين. (ب)

(٩) حيث يصح أمانه.

(١٠) أى المولى رضى بأمانه.

(١١) أى المأذون فيعلم آداب القتال.

(١٢) جواب عن قول محمد.

(١٣) قوله: "لأنه خلف" أى عقد الذمة خلف عن الإسلام من حيث إنه ينتهى به القتل المطلوب به إسلام الحربى. (ع)

(١٤) وهو نفع. (ع)

(١٥) وهى نفع. (ع)

ذلك، وإسقاط الفرض نفع فافترقا[١].

ولو أمن الصبى وهو لا يعقل لا يصح كالمجنون[٢]، وإن كان[٣] يعقل، وهو محجور عن القتال، فعلى الخلاف[٤]، وإن كان مأذونًا له فى القتال، فالأصح أنه يصح بالاتفاق[٥].

باب الغنائم[٦] وقسمتها

وإذا فتح الإمام بلدةً عنوةً أى قهرًا[٧]، فهو بالخيار إن شاء قسّمها بين المسلمين، كما فعل[٨] رسول الله عليه السّلام بخيبر*، وإن شاء أقر أهله عليه، ووضع عليهم الجزية، وعلى أراضيهم الخراج، كذلك فعل عمر[٩]**بسواد العراق بموافقة من الصحابة[١٠]، ولم يُحمد من خالفه،

(١٦) قوله: "عند مسألتهم" قال الإنزارى: يعنى إذا طلب الحربى من المحجور يفترض عليه، وقال الأكمل: يعنى أن الكفار إذا طلبوا عقد الذمة يفترض على الإمام إجابتهم إليه. (ب)

(١) قوله: "فافترقا" أى افترق أمان العبد المحجور عن القتال، وأمان المأذون له بالقتال، أو افترق الأمان الموقت من المحجور عن الأمان المؤبد. (ب)

(٢) فى عدم صحة أمانة.

(٣) أى الصبى.

(٤) فعند محمد يصح، وعند أبى حنيفة لا يصح. (ب)

(٥) قوله: "بالاتفاق" أى باتفاق أصحابنا، وليس على الخلاف؛ لأنه تصرف دائر بين النفع والضرر كالبيع، فيملكه الصبى بعد الإذن. (ب)

(٦) قوله: "باب الغنائم [أخره عن الأمان؛ لأن الإمام بعد المحاصرة بالخيار، إما أن يؤمنهم، أو يقتلهم ويستغنم بأموالهم. ع]" جمع غنيمة وهى اسم لمال مأخوذ من الكفرة بالقهر، والغلبة والحرب قائمة، والفىء اسم لمال يؤخذ منهم بغير قتال كالخراج، والجزية، ويخمس الغنيمة، وأربعة أخماسه للغانمين، والفىء لا يخمس، بل هو لكافة المسلمين والنفل ما يخص الإمام الغازى زيادة على سهمه. (ب)

(٧) قوله: "قهرًا" هذا ليس بتفسير للعنوة لغة؛ لأن عنا يعنو عنوا بمعنى ذل وخضع، وهو لازم، وقهر متعد، بل يكون هو تفسيره بطريق شعور الذهن؛ لأن من الذلة يلزم القهر. (نهاية)

(٨) قوله: "كما فعل" أخرجه أبو داود عن سهل قال: «قسم رسول الله خيبر نصفين نصفًا لنوائبه ونصفًا بين المسلمين قسمها بينهم على ثمانية عشر سهمًا». (ب)

* راجع نصب الراية ج٣ ص٣٩٧، والدراية ج٢، الحديث ٧٠٩ ص١١٨. (نعيم)

(٩) قوله: "كذلك فعل عمر" أخرجه ابن سعد فى "الطبقات": "أن عمر بعث عثمان بن حنيف على

وفى كل[1] من ذلك قدوة فيتخير.

وقيل: الأولى هو الأول[2] عند حاجة الغانمين، والثانى[3] عند عدم الحاجة؛ ليكون عدّةً فى الزمان الثانى، وهذا[4] فى العقار أما فى المنقول المجرد[5] لا يجوز المن بالرد عليهم؛ لأنه لم يرد به الشرع فيه.

وفى العقار خلاف الشافعى[6]؛ لأن فى المن إبطال حق الغانمين[7]، أو ملكهم[8]، فلا يجوز[9] من غير بدل يُعادله، والخراج غير معادل[10] لقلته، بخلاف الرقاب[11]؛ لأن للإمام أن يُبطل حقهم رأسًا بالقتل،

خراج السواد" الحديث. وفيه «إن أفرض الخراج على كل حربى وأفرض على الموسر ثمانية وأربعين درهمًا وعلى من دون ذلك أربعة وعشرين درهمًا وعلى من لم يجد شيئًا اثنا عشر درهمًا» الحديث، وسمى سواد العراق به لخضرة أشجاره. (ب)

** راجع نصب الراية ج٣ ص٤٠٠، وانظر فى الدراية ج٢ تحت الحديث ٧٠٩ ص١١٩. (نعيم)

(١٠) قوله: "بموافقة من الصحابة [لم يخالف إلا بلال]" ولم يخالفه إلا بلال، وأصحابه وأصحاب سلمان، فقالوا: أقسم بيننا، فإن الغنيمة حقنا، وكان عمر يقول: ما فعلت هو الحق، ولم يدركوا الحكمة فى ما فعله عمر، وتمسكوا بظاهر ما فعله رسول الله بخيبر، ولم يكن فعله ذلك بطريق الحتم. وقال تاج الشريعة: فدعا عليهم عمر، وقال: اللّهم اكفنى بلالا وأصحابه فماتوا جميعًا قبل تمام السنة، وإليه أشار المصنف بقوله: ولم يحمد. (ب)

(١) أى القسمة والإقرار.

(٢) أى القسمة. (ب)

(٣) أى إقرار الأهل.

(٤) أى إقرارهم بالمن. (ع)

(٥) قوله: "المجرد" قيد به؛ لأنه يجوز المن عليهم فى المنقول بطريق التبعية بالعقار على ما يأتى. (ب)

(٦) قوله: "خلاف الشافعى" فإنه يقول: لا يجوز إقرار أهل البلد على بلدتهم، بل يقسّم الأرض أيضًا. (ب)

(٧) قوله: "إبطال حق الغانمين" أى عندنا فإنه لا يثبت الملك قبل الإحراز بدار الإسلام. (ب)

(٨) قوله: "أو ملكهم" أى إبطال ملكهم عند الشافعى؛ لأن الغنيمة تملك عنده قبل الإحراز بالدار. (ب)

(٩) أى المن.

(١٠) قوله: "والخراج غير معادل" جواب عما يقال: الخراج يعادله. (ب)

(١١) قوله: "بخلاف الرقاب" إن قيل: فالحق أو الملك ثبت فى رقابهم أيضًا، وجاز له أن لا يقسمها، فأجاب بقوله: بخلاف الرقاب يعني أن حقهم لم يتعلق بها؛ لأن للإمام أن يبطل حقهم رأسا بالقتل، فكذا له أن يبطله بالخلف، وهو الجزية، وهذا لأنها خلقت فى الأصل حرا حراراً، والملك ثبت لعارض، فالإمام إذا استرقهم، فقد بدل حكم الأصل، فإذا جعلهم أحرارًا، فقد بقى حكم الأصل. (ع)

والحجة عليه ما رويناه[١] ولأن فيه نظرًا لأنهم كالأكرة[٢] العاملة للمسلمين العالمة بوجوه الزراعة، والمؤن[٣] مرتفعة مع[٤] أنه يحظى[٥] به الذين يأتون من بعد، والخراج[٦] وإن قل حالا، فقد جل[٧] مآلا لدوامه، وإن منّ عليهم بالرقاب والأراضي يدفع إليهم من المنقولات بقدر ما يتهيأ لهم العمل؛ ليخرج عن حد الكراهة[٨].

قال[٩]: وهو[١٠] في الأسارى بالخيار، إن شاء قتلهم؛ لأنه عليه السلام[١١] قد قتل[١٢]*، ولأن فيه حسم[١٣] مادة الفساد، وإن شاء استرقّهم[١٤]؛ لأن فيه دفع شرهم مع وفور المنفعة لأهل الإسلام، وإن شاء

---

(١) أي من فعل عمر. (ب)

(٢) قوله: "كالأكرة" بفتح الهمزة والكاف والراء أي العاملين للمزارعة، وحاصل الكلام أن تصرف الإمام وقع على وجه النظر في الإقرار أهلها عليها؛ لأنه لو قسمها بين الغانمين اشتغلوا بالزراعة، وقعدوا عن الجهاد، فإذا تركها في أيديهم صاروا كالأكرة المزارعين للمسلمين. (ب)

(٣) أي مؤنة الزراعة.

(٤) قوله: "مع أنه إلخ" قال شيخنا: هذا إشارة إلى قوله: ﴿والذين جاءوا من بعدهم﴾. (ب)

(٥) أي يعطى الحظ بالظاء المعجمة.

(٦) جواب عن قول الشافعي: الخراج غير معادل لقتله.

(٧) لوجوبه في كل سنة. (ع)

(٨) قوله: "ليخرج عن حد الكراهة" معناه ما ذكره التمرتاشي فإن من عليهم برقابهم وأراضيهم، وقسم النساء والذرية وسائر الأموال جاز، لكن يكره لأنهم لا ينتفعون بالأراضي بدون المال، ولا بقاء لهم بدون ما يمكن به ترجية العمر إلا أن يدع لهم ما يمكنهم به العمل في الأراضي. (عناية)

(٩) أي القدوري.

(١٠) أي الإمام.

(١١) أخرجه البخاري وأبو داود. (ب)

(١٢) يوم الفتح.

* راجع نصب الراية ج٣ ص٤٠١، والدراية ج٢، الحديث ٧١٠ ص١١٩. (نعيم)

(١٣) أي قطع.

(١٤) قوله: "وإن شاء استرقهم" فإن أسلموا بعد ذلك لم يسقط عنه الرق؛ لأن الرق جزاء الكفر الأصلي على ما عرف، بخلاف ما إذا أسلموا قبل الاستيلاء حيث لا يجوز الاسترقاق، ولا القتل. (عناية)

تركهم أحراراً ذمة للمسلمين؛ لما بينا[١]، إلا فى مشركى العرب والمرتدين[٢] على ما نُبيّن[٣]، إن شاء الله تعالى.

ولا يجوز أن يردّهم إلى دار الحرب؛ لأن فيه تقويتهم على المسلمين، فإن أسلموا[٤] لا يقتلهم؛ لاندفاع الشر بدونه[٥]، وله أن يسترقهم توفيراً للمنفعة بعد انعقاد سبب الملك[٦]، بخلاف إسلامهم[٧] قبل الأخذ؛ لأنه لم ينعقد السبب بعد. ولا يفادى[٨] بالأُسارى عند أبى حنيفة، وقالا[٩]: يفادى[١٠] بهم أسارى المسلمين، وهو[١١] قول الشافعى؛ لأن فيه تخليص المسلم، وهو أولى من قتل الكافر، والانتفاع به. وله أن فيه معونة للكفرة[١٢]؛ لأنه يعود حربًا علينا، ودفع شر حرابه خير من استنقاذ الأسير المسلم؛ لأنه إذا بقى فى أيديهم، كان ابتلاء فى حقه غير مضافٍ إلينا، والإعانة بدفع أسيرهم إليهم مضاف إلينا[١٣]، أما المفاداة[١٤] بمال يأخذ منهم

(١) قوله: "لما بيناه" أى من فعل عمر، فإن قلت: فاقتلوا المشركين ينافى ترك قتلهم، قلت: ترك العمل به فى حق أهل الذمة والمستأمن، وفى المتنازع فيه بفعل عمر. (ب)

(٢) قوله: "إلا فى مشركى العرب والمرتدين" فإنه لا يجوز استرقاقهم ولا وضع الجزية عليهم، ولا يقبل منهم إلا الإسلام أو السيف.

(٣) أى فى باب الجزية.

(٤) أى الأسارى.

(٥) أى بدون القتل.

(٦) وهو أخذهم وهم كفار. (ب)

(٧) حيث لا يجوز استرقاقهم.

(٨) قوله: "ولا يفادى (أى لا يؤخذ فدية بمقابلتهم. ك]" المفاداة بين اثنين يقال: فاداه إذا أطلقه، وأخذ منه فدية، ومنه قوله: ولا يفادى أى لا يعطى أسارى الكفار، ويؤخذ منهم أسارى المسلمين. (ع)

(٩) قوله: "وقالا" جعل فى "السير الكبير" قولهما أظهر الروايتين عن أبى حنيفة. (ع)

(١٠) ولا يجوز الفدية بالمال. (ع)

(١١) وبه قال أحمد إلا بالنساء. (ب)

(١٢) وفى نسخة صاحب "العناية" وقع تقوية مقام المعونة، والمعنى ظاهر.

(١٣) لحصولها بفعلنا، وهو إطلاق أسراء الكفار.

لا يجوز فى المشهور من المذهب؛ لما بينا[١]. وفى "السير الكبير": أنه لا بأس به[٢] إذا كان بالمسلمين حاجة استدلالا[٣] بأسارى بدر[٤]، ولو كان أسلم الأسارى فى أيدينا لا يفادى بمسلمٍ أسير فى أيديهم؛ لأنه لا يفيد[٥] إلا إذا طابت نفسه به، وهو مأمون على إسلامه. قال[٦]: ولا يجوز المن[٧] عليهم أى على الأسارى، خلافًا للشافعىّ فإنه يقول: منّ رسول الله عليه السّلام على بعض الأسارى[٨] يوم بدر*.

---

(١٤) فى إطلاق أسراءهم.

(١) إشارة إلى قوله: أن فيه معونة الكفر.

(٢) أى بالمفاداة بالمال.

(٣) قوله: "استدلالا [وسيجىء جوابه. ع]" قال الإنزارى: هذا عجيب بعد نزول الآية.

(٤) قوله: "بأسارى بدر [كان الفداء أربعة آلاف]" لما أسر أسارى بدر، وهم سبعون نفراً من الكفار شاور النبى ﷺ أصحابه فى حقهم، فتكلم كل منهم برأيه، فقال أبو بكر: هم قومك وأهلك خذ منهم فداء ينفعنا، وخلهم أحرارا لعلهم يوفقون بالإسلام. وقال عمر: مكن نفسك من قتل عباس، وسكن علياً من قتل عقيل، ومكنى من قتل فلان، فقال رسول الله ﷺ: إن الله ليلين قلوب رجال كالماء، ويشدد قلوب رجال كالحجارة مثلك يا أبا بكر! كمثل إبراهيم حيث قال: ﴿فمن تبعنى فإنه منى ومن عصانى فإنك غفور رحيم﴾.

ومثلك يا عمر! كمثل نوح حيث قال: ﴿رب لا تذر على الأرض من الكافرين ديّاراً﴾، ثم استقر رأيه عليه الصلاة والسلام على رأى أبى بكر، فأمر بأخذ الفداء، فنزل قوله تعالى: ﴿ما كان لنبى أن يكون له أسرى حتى يثخن فى الأرض تريدون عرض الدنيا والله يريد الآخرة والله عزيز حكيم لولا كتاب من الله سبق لمسكم فى ما أخذتم عذاب عظيم فكلوا مما غنمتم حلالا طيبا واتقوا الله إن الله غفور رحيم﴾. فبكى رسول الله ﷺ والصحابة كلهم، وقال: لو نزل العذاب ما نجى منا أحد إلا عمر وسعد بن معاذ، فظهر أن الحق هو رأى عمر، وإن رسول الله أخطأ حين عمل برأى أبى بكر رضى الله عنه، لكنه لم يقرر على الخطأ، بل نبه عليه بإنزال الآيات، وأمضى الحكم على الفداء، وأمر بأكله، ولم يأمر برده. وهذا هو الفرق بين نزول النص، بخلاف الرأى وبين ظهوره بخلافه؛ لأن فى الأول لا ينقض الرأى به، وفى الثانى ينقض. (نور الأنوار ملا جيون)

(٥) قوله: "لأنه لا يفيد" إذ لا فائدة فى تخليص المسلم بالمسلم إلا إذا طابت نفسه به أى إلا إذا طابت به، ورضى به المسلم، وهو مأمون على إسلامه لا يحتمل وجود الردة. (ب)

(٦) أى القدورى.

(٧) قوله: "ولا يجوز المن" أى الإنعام عليهم بأن يتركهم مجانًا من غير استرقاق، ولا ذمة، ولا قتل. (ع)

(٨) قوله: "على بعض الأسارى [وهو أبو العاص زوج زينب بنت رسول الله ﷺ، كما أخرجه البخارى]" أخرج الواقدى فى كتاب المغازى عن ابن المسيب قال: قال منّ رسول الله على أبى عزة عمر ابن عبد الله بن عمير الجمحى من أسرى بدر، وكان شاعراً. (ت)

ولنا قوله تعالى[١]: ﴿اقتلوا المشركين حيث وجدتموهم﴾، ولأنه بالأسر والقسر يثبت حق الاسترقاق فيه، فلا يجوز إسقاطه بغير منفعة وعوض، وما رواه[٢] منسوخ بما تلونا[٣].

وإذا أراد الإمام العود[٤]، ومعه مواشي[٥]، فلم يقدر على نقلها إلى دار الإسلام ذبحها وحرّقها، ولا يعقرها ولا يتركها، وقال الشافعي: يتركها؛ لأنه عليه السّلام نهى * عن ذبح الشاة إلا لمأكلة[٦]. ولنا أن ذبح الحيوان يجوز لغرض صحيح، ولا غرض أصح من كسر شوكة الأعداء، ثم يحرق بالنار؛ لينقطع منفعته عن الكفار، فصار[٧] كتخريب البنيان، بخلاف التحريق قبل الذبح؛ لأنه منهى عنه[٨]، وبخلاف العقر؛ لأنه مثلة[٩]، وتحرق الأسلحة[١٠] أيضًا، وما لا يحترق منها[١١] يدفن في موضع لا يطلع عليه الكفار؛ إبطالا للمنفعة عليهم.

---

* راجع نصب الراية ج٣ ص٤٠٤، والدراية ج٢، الحديث ٧١١ ص١٢٠. (نعيم)

(١) قوله: "ولنا قوله تعالى" وهو متأخر نزولا؛ لأن سورة البراءة آخر ما نزلت، وقد تضمنت وجوب القتل على كل حال، فكان ناسخًا لما تقدم. (ب)

(٢) من حديث المن.

(٣) من الآية.

(٤) أي إلى دار الإسلام.

(٥) جمع ماشية، وهي البقرة والغنم والإبل.

* راجع نصب الراية ج٣ ص٤٠٦، والدراية ج٢، الحديث ٧١٢ ص١٢٠. (نعيم)

(٦) قوله: "نهى عن ذبح الشاة إلا لمأكلة [بفتح الكاف وضمها أي الأكل. ب]" قلت: غريب، وأخرجه ابن أبي شيبة عن يحيى بن سعيد قال: بلغني أن أبا بكر بعث جيوشًا إلى الشام فأوصى إلى يزيد ابن سفيان أن لا يعقر شاة، ولا يذبحها إلا لمأكلة.

(٧) الجامع قطع المنفعة عنهم. (ب)

(٨) أخرجه البخاري وغيره. (ت)

(٩) وهو حرام.

(١٠) جمع السلاح.

(١١) بأن كان من الحديد. (ب)

ولا يقسم غنيمة فى دار الحرب حتى يخرجها إلى دار الإسلام ، وقال الشافعى : لا بأس بذلك[١] ، وأصله أن الملك للغانمين لا يثبت قبل الإحراز بدار الإسلام ، عندنا وعنده يثبت ، ويبتنى على هذا الأصل عِدّة من المسائل[٢] ذكرناها فى "كفاية المنتهى"[٣] . له أن سبب الملك الاستيلاء إذا ورد على مال مباح كما فى الصيود[٤] ، ولا معنى للاستيلاء سوى إثبات اليد ، وقد تحقق[٥] . ولنا أنه عليه السلام[٦] نهى عن بيع الغنيمة فى دار الحرب* ، والخلاف[٧] ثابت فيه ، والقسمة بيع معنى ، فتدخل تحته ، ولأن الاستيلاء إثبات اليد الحافظة[٨] والناقلة . والثانى[٩] منعدم لقدرتهم[١٠] على الاستنقاذ[١١] ، ووجوده ظاهر[١٢] ، ثم قيل : موضع

---

(١) أى بتقسيم الغنيمة فى دار الحرب.

(٢) قوله: "عدة من المسائل" منها: أن أحداً من الغانمين إذا وطئ أمة من السبايا فولدت فادعاه، ثبت نسبه منه عنده، وصارت الأمة أم ولد، وعندنا لا يثبت النسب لعدم الملك، ويجب العقر، ويقسم الولد والأمة بين الغانمين. ومنها: لو باع الإمام أو واحد من الغزاة شيئاً من الغنيمة لا يجوز عندنا، خلافًا له، ومنها: إذا مات أحد الغزاة بدار الحرب لا يورث منه عندنا خلافًا له، ومنها: لو لحق المدد قبل القسمة لا يشاركهم عنده، ويشارك عندنا، ومنها: لو أتلف واحد شيئًا قبل الإحراز لا يضمن عندنا خلافًا له. (ب)

(٣) وهو كتاب معدوم لم يوجد فى ديار العراق والشام والمصر. (ب)

(٤) فإنه يملك فيه بالاستيلاء على الصيد، وكذا فى الاحتطاب.

(٥) أى فى دار الحرب.

(٦) قلت: غريب جدا.

* راجع نصب الراية ج٣ ص٤٠٨ ، والدراية ج٢، الحديث ٧١٣ص١٢٠. (نعيم)

(٧) قوله: "والخلاف" أى الخلاف بيننا وبين الشافعى ثابت فى البيع، فمن حرم البيع حرم القسمة، فإن القسمة بيع معنى لاشتمالها على الإفراز والمبادلة لا محالة، فتدخل تحت البيع، فكما لا يجوز البيع، لا يجوز القسمة. (ب)

(٨) قوله: "إثبات اليد الحافظة" هى التى بها يثبت حفظ العين، والناقلة هى التى تنقل العين من شخص إلى شخص، كذا قال الإنزارى، وقال الكاكى: الناقلة التى يتصرف بها كيف شاء. (ب)

(٩) أى اليد الناقلة. (ع)

(١٠) أى الكفرة.

(١١) أى استخلاص أموالهم من أيديهم.

الخلاف(١) ترتب الأحكام على القسمة إذا قسّم الإمام، لا عن اجتهاد؛ لأن حكم الملك(٢) لا يثبت بدونه، وقيل: الكراهة، وهي(٣) كراهة تنزيه عند محمد(٤)، فإنه قال(٥) على قول أبي حنيفة وأبي يوسف: لا يجوز القسمة في دار الحرب. وعند محمد: الأفضل أن يقسم في دار الإسلام، ووجه الكراهة أن دليل البطلان(٦) راجح إلا أنه تقاعد(٧) عن سلب الجواز، فلا يتقاعد عن إيراث الكراهة(٨).

قال(٩): والردء(١٠) والمقاتل في العسكر سواء؛ لاستواءهم(١١) في

---

(١٢) قوله: "ووجوده ظاهر [لكون المسلمين في دارهم]" لأن الدار إنما يضاف إلينا، أو إليهم باعتبار القوة والاستيلاء، ولما بقيت هذه البقعة منسوبة إليهم، عرف أن القوة لهم، والقوة على الاسترداد ظاهر، بخلاف ما إذا فتحت البلدة؛ لأنها صارت ح دار الإسلام لفتحها، وإجراء أحكام الإسلام فيها، فكان فتح البلدة كإحرازه بدارنا. (ب)

(١) قوله: "ثم قيل: موضع الخلاف" في ما إذا صدرت القسمة عن الإمام بدون الاجتهاد، هل يثبت به حكم الملك لمن وقعت القسمة في نصيبه من الأكل، والوطئ، وسائر الانتفاع، فعنده يثبت، وعندنا لا. (ع)

(٢) قوله: "لأن إلخ" معناه أن ترتب هذه الأحكام دليل على ثبوت الملك المستلزم لجواز القسمة، فعنده مرتبة بهذه القسمة الصادرة، لا عن اجتهاد، فيلزم منه ثبوت الملك، وعندنا ليست بمرتبة. (ع)

(٣) قوله: "وهي" أي حكم قسمة الغنائم في دار الحرب عندنا الكراهة، لا عدم الجواز؛ لما أن في القسمة من قطع الشركة، ولأنه إذا قسم تفرقوا، فربما يكون العدو على وراءهم، وهذا أمر وراء ما يتم به القسمة، فلا يمنع جوازها، واختلف في الكراهة، هل هي تنزيهية أو تحريمية. (ب).

(٤) أي محمد في "السير الكبير". (ب)

(٥) قوله: "فإنه قال إلخ" فيه نظر؛ لأنه يشير إلى أن خلاف محمد معهما في القسمة في دار الحرب ليس بمشهور، فإنه لا خلاف بينهم في ظاهر الرواية من أصحابنا، وفي غير ظاهر الرواية الأفضلية منقولة عنهما أيضاً، وأيضاً قوله على قول أبي حنيفة وأبي يوسف: لا تجوز القسمة يدل على خلاف ما يدل عليه قوله، وقيل: بالكراهة، وبالجملة لا يخلو عن تمحل.

(٦) كونه محرماً، والحرام راجح. (ع)

(٧) قوله: "إلا أنه تقاعد" أي بالاتفاق أما عند الشافعي، فظاهر، وأما عندنا، فيجوز إذا احتاج الغزاة إلى الثوب والدابة، ونحو ذلك. (ع)

(٨) لأن الدليل المزجوح لما لم يبطل حصل من معارضة الراجح والمرجوح الكراهة، كما في سؤر الهرة.

(٩) أي القدوري.

(١٠) قوله: "والردء" بكسر الراء وسكون الدال المهملتين، وفي آخره همزة، وهو العون، يقال: ردأه رداء أعانه، والردء بالفتح مصدر وهو مبتدأ، وقوله: والمقاتل عطف عليه، وقوله: في العسكر ظرف للاثنين، وقوله:

السبب، وهو المجاوزة[١]، أو شهود الوقعة[٢] على ما عرف[٣]، وكذلك إذا لم يقاتل لمرض، أو لغيره[٤]؛ لما ذكرنا.

وإذا لحقهم المَدَدُ في دار الحرب قبل أن يُخرجوا الغنيمة إلى دار الإسلام شاركوهم[٥] فيها، خلافًا للشافعي بعد انقضاء القتال، وهو بناء على ما مهدنا من الأصل[٦]، وإنما ينقطع حق المشاركة عندنا بالإحراز[٧]، أو بقسمة الإمام في دار الحرب، أو ببيعه المغانم فيها؛ لأن بكل واحد منها[٨] يتم الملك، فينقطع حق شركة المدد[٩].

وقال[١٠]: ولا حق لأهل سوق العسكر[١١] في الغنيمة إلا أن يقاتلوا، وقال الشافعي في أحد قوليه: يسهم لهم؛ لقوله عليه السّلام[١٢]: «الغنيمةُ لمن شهد الوقعة»*، ولأنه وجدَ الجهادَ معنًى بتكثير السواد[١٣].

سواء خبره، والقياس أن يقال: سواءان، لكن جاء في الاستعمال بالإفراد أيضًا. (ب)

(١١) أي عندنا.

(١) أي مجاوزة الدرب بنية القتال.

(٢) عند الشافعي.

(٣) أي في طريق الخلاف.

(٤) قوله: "أو لغيره" بأن بعثه الإمام إلى حاجة، ولم يحضر الوقعة. (ع)

(٥) قوله: "شاركوهم [وفي بعض النسخ: شاركهم]" أي شارك المدد العسكر في الغنيمة. (ب)

(٦) قوله: "على ما مهدنا من الأصل" وهو أن الملك يثبت بالأخذ عنده، وعندنا السبب هو القهر، وتمام القهر بالإحراز بدار الإسلام، فإذا شارك المدد الجيش في السبب الذي يتم به السبب شاركوهم في تأكد الحق به، كما لو لحقوا بهم حالة القتال، كذا في "المبسوط". (ك)

(٧) أي بدار الإسلام.

(٨) أي من هذه الثلاثة.

(٩) قوله: "فينقطع حق شركة المدد" هذا تصريح بأن الملك يتم بقسمة الإمام في دار الحرب. (د)

(١٠) أي القدوري. (ب)

(١١) لعدم قصدهم الجهاد. (ب)

(١٢) رواه ابن أبي شيبة موقوفًا على عمر، وأما المرفوع فغريب. (ت)

* راجع نصب الراية ج٣ ص٤٠٨، والدراية ج٢، الحديث ٧١٤ ص١٢٠. (نعيم)

ولنا أنه لم توجد المجاوزة[١] على قصد القتال، فانعدَم السبب الظاهر[٢]، فيعتبر السبب الحقيقى، وهو القتال، فيفيد الاستحقاق على حسب حاله، فارسًا[٣] أو راجلا[٤] عند القتال، وما رواه[٥] موقوف[٦] على عمر[٧]، أو تأويلُه أن يشهدها على قصد القتال[٨].

وإن لم تكن للإمام حمولة[٩] تحمل عليها[١٠] الغنائم، قسَّمها بين الغانمين[١١] قسمةَ إيداع[١٢] ليحملوها إلى دار الإسلام، ثم يرتجعها منهم فيقسمها. قال العبد الضعيف[١٣]: هكذا ذكر فى "المختصر"[١٤]، ولم يشترط رضاهم، وهو رواية "السير الكبير"[١٥]، والجملة[١٦] فى هذا أن

---

(١٣) أى سواد العسكر.

(١) أى عن حد دار الإسلام.

(٢) وهو مجاوزة الدرب بإرادة القتال. (ب)

(٣) أى راكبًا.

(٤) أى ماشيًا.

(٥) جواب عن حديث الشافعى.

(٦) قوله: "موقوف" فإن قلت: هذا لا يفيد؛ لأن قول الصحابى حجة أيضًا، وأجيب بأن هذا جواب عن تمسك الشافعى بناء على زعمه، فإنه لا يرى تقليد الصحابى حجة، فإن قلت: قد ذكر المصنف الاستدلال بقبول الصحابى من قبل الشافعى فى كتاب الديات وغيره، أجيب بأن للشافعى فى تقليد الصحابى قولين: فى القديم يقلد، وفى الجديد لا، فما ذكره ههنا لا إلزام عليه. (د)

(٧) كذا قال الطبرانى والبيهقى.

(٨) والسوقى لا يقصد القتال، فلا سهم له.

(٩) بفتح الحاء ما يحمل عليه من البقرة والإبل.

(١٠) إلى دار الإسلام.

(١١) أى فى دار الحرب.

(١٢) أى على وجه الوديعة، لا على وجه الملك.

(١٣) أى المصنف.

(١٤) أى القدورى.

(١٥) قوله: "وهو رواية السير الكبير" حيث قال فيه: يكرههم على ذلك لكن بإجارة؛ لأن فيه دفع الضرر العام بالخاص، ولأن منفعته عائدة إليهم، فله أن يفعل ذلك لحقهم. (ب)

الإمام إذا[١] وجد في المغنم[٢] حمولةً يحمل[٣] الغنائم عليها؛ لأن الحمولة[٤]، والمحمول مالُهم، وكذا إذا كان في بيت المال فضلُ حمولة؛ لأنه مال المسلمين[٥]، ولو كان للغانمين[٦]، أو لبعضهم لا يُجبرهم[٧] في رواية "السير الصغير"؛ لأنه ابتداء إجارة، فصار[٨] كما إذا نفقت دابته في مفازة[٩]، ومع رفيقه فضلُ حمولة، ويجبرهم في رواية "السير الكبير"[١٠]؛ لأنه دفع الضرر العام[١١] بتحميل ضرر خاص.

ولا يجوز بيعُ الغنائم[١٢] قبل القسمة في دار الحرب؛ لأنه لا ملك قبلها، وفيه[١٣] خلاف الشافعي، وقد بينا الأصل.

---

(١٦) أي جملة الكلام في هذا المقام.

(١) شرط.

(٢) أي الغنيمة.

(٣) جزاء.

(٤) فكأنه حمل مالهم على مالهم. (ب)

(٥) فيحتمل عليه مالهم.

(٦) أي المحمولة.

(٧) قوله: "لا يجبرهم" لعدم حل الانتفاع بمال الغير إلا لطيب نفسه، فيكون هذا جبراً على الإجارة ابتداء، وهو معنى قوله: لأنه ابتداء إجارة، واحترز به عن الإجارة في حالة البقاء حيث يجبر عليه باتفاق الروايات، كمن آجر سفينة شهراً، فمضت المدة في وسط البحر، فإنه ينعقد عليها إجارة أخرى بغير رضى المالك بأجر المثل، ذكره في "المحيط". (ب)

(٨) في كونه ابتداء إجارة من كل وجه.

(٩) فإنه لا يجبره على الحمل بغير رضاه.

(١٠) قوله: "في رواية السير الكبير" ويستوى في ذلك أن يرضى به أصحاب الحمولة، أو لا، إذا كان بهم غنى عن تلك الحمولة؛ لأنهم بهذا الإباء قصدوا التعنت. (ك)

(١١) فصار كإجارة السفينة في شط البحر بلا فرق.

(١٢) قوله: "ولا يجوز بيع الغنائم" ومع هذا لو باع قبل القسمة صح؛ لأنه مجتهد فيه، ذكره في "شرح الطحاوي"، فعلم بذلك أن المراد بقوله: لا يجوز الكراهة لا نفي ترتب الأحكام، والكراهة أيضاً في ما إذا باع بلا حاجة الغزاة، وإذا باع لدفع حاجتهم ينبغي أن لا تكره؛ لأن الضرورة تستباح المحذور. (ب)

(١٣) قوله: "وفيه" أي في بيع الغنائم قبل القسمة خلاف الشافعي، فعنده يجوز؛ لأن سبب الملك عنده الاستيلاء، وقد بينا الأصل أي أن الملك للغانمين قبل الإحراز بدار الإسلام لا يثبت عندنا، وعنده يثبت. (ب)

ومن مات من الغانمين فى دار الحرب، فلا حق له فى الغنيمة، ومن مات منهم بعد إخراجها إلى دار الإسلام فنصيبُه[١] لورثته؛ لأن الإرثَ يجرى فى الملك، ولا ملك قبل الإحراز[٢]، وإنما الملك بعده، وقال الشافعى: من مات منهم[٣] بعد استقرار الهزيمة يورث نصيبه؛ لقيام الملك فيه عنده، وقد بيناه[٤]. وقال: ولا بأس[٥] بأن يَعْلِفَ العسكر[٦] فى دار الحرب، ويأكلوا مما وجدوه من الطعام. قال العبد الضعيف[٧]: أرسل ولم يقيد[٨] بالحاجة، وقد شرطها[٩] فى رواية[١٠]، ولم يشترطها فى الأخرى[١١]. وجه الأولى: أنه مشترك بين الغانمين، فلا يباح الانتفاع به إلا للحاجة، كما فى الثياب[١٢] والدواب. وجه الأخرى: قوله عليه السّلام فى طعام خيبر[١٣]: «كلوها واعلفوها ولا تحملوها»*، ولأن الحكم يُدار

---

(١) من الغنيمة.

(٢) قوله: "ولا ملك قبل الإحراز [بدار الإسلام]" فيه نظر؛ لأنه يناقض قوله فى ما تقدم: إذا بكل منهما يتم الملك، والجواب أنه ترك ذكر القسمة فى دار الحرب ههنا؛ اعتماداً على ما ذكره هناك، أو لأن ذلك بعارض الحاجة، والاعتبار للأمور الأصلية. (ع)

(٣) قوله: "من مات منهم بعد إلخ" هذا إشارة إلى أن الملك عنده يثبت بعد الفراغ عن القتال، وانهزام العدد، ولا يثبت بمجرد الأخذ، فلو مات قبل استقرار الهزيمة ينبغى أن لا يورث عنده. (ملا إله داد)

(٤) أى فى مسألة قسمة الغنيمة فى دار الحرب. (ب)

(٥) قوله: "ولا بأس بأن يعلف" يقال: علف الدابة يعلف من باب ضرب يضرب إذا أطعمها العلف، والعلف بفتح العين واللام: كل ما يأكله الدابة، وبسكون اللام مصدر. (بناية)

(٦) بالرفع فاعل والمفعول محذوف، وهو الدابة. (ب)

(٧) أى المصنف. (ب)

(٨) أى القدورى. (ب)

(٩) أى محمد. (ب)

(١٠) وهى رواية "السير الصغير". (ب)

(١١) وهى رواية "السير الكبير". (ب)

(١٢) قوله: "كما فى الثياب" أى كما لا يباح استعمال الثياب والدواب إلا لحاجة. (ب)

(١٣) رواه البيهقى فى "كتاب المعرفة".

على دليل الحاجة[١]، وهو كونه فى دار الحرب؛ لأن الغازى لا يَسْتَصْحب قوت نفسه، وعَلَف ظهره[٢] مدة مقامه فيها، والميرة[٣] منقطعة، فبقى على أصل الإباحة للحاجة، بخلاف السّلاح[٤]؛ لأنه يستصحبه، فانعدم دليل الحاجة، وقد تمس إليه الحاجة، فيعتبر حقيقتها فيستعمله، ثم يرده فى المغنم إذا استغنى عنه، والدابة[٥] مثل السلاح، والطعام[٦] كالخبز واللحم، وما يستعمل فيه كالسمن والزيت.

قال[٧]: ويستعملوا الحطب -وفى بعض النسخ الطيب[٨]- ويدّهنوا[٩] بالدهن ويُوقحوا به[١٠] الدابةَ لمساس الحاجة إلى جميع

---

* راجع نصب الراية ج٣ ص٤٠٩، والدراية ج٢، الحديث ٧١٥ ص١٢١. (نعيم)

(١) يعنى دليل الحاجة موجود، فيدار حكم إباحة الانتفاع إليه، وإن لم يتحقق حقيقة الحاجة.

(٢) أى دابته فلفظ ظهر مستعار لها. (ك)

(٣) بالكسر طعاميكه براى عيال آرند.

(٤) جواب عن قياس الخصم.

(٥) أى يعتبر فيها حقيقة الحاجة.

(٦) أى المراد من الطعام المذكور كالخبز. (ب)

(٧) القدورى.

(٨) قوله: "وفى بعض النسخ الطيب" قيل: وليس بصحيح؛ لأن القدورى نفسه قال فى "شرح مختصر الكرخى": بعدم جواز الانتفاع بالطيب، أما الحطب: فلتعذر انتقاله إلى دار الإسلام جاز استعماله، كما فى العلف. (ع)

(٩) قوله: "ويدهنوا بالدهن" هذا أيضًا لفظ القدورى، والمراد بالدهن المأكول كالزيت؛ لأنه لما صار مأكولا، كان صرفه إلى بدنه كصرفه إلى أكله، وإذا لم يكن مأكولا لا ينتفع به، بل يرده إلى بيت المال، كذا ذكر القدورى فى "شرحه". وفى "المحيط": لو أصابوا سمسمًا، أو زيتًا، أو فاكهةً يابسةً، أو رطبةً، أو سكرًا، أو بصلا، أو غير ذلك من الأشياء التى تؤكل عادة، لا بأس بالتناول منها قبل القسمة، ولا يجوز تناول شىء من الأدوية والطيب، ودهن البنفسج. (ب)

(١٠) قوله: "ويوقحوا إلخ" هذا أيضًا لفظ القدورى، وتوقيح الدابة تصليب حافرها بالشحم المذاب إذا خفى من كثرة المشى، قال الإنزارى: والراء خطأ، ونسخة الإمام حافظ الدين الكبير بخط يده بالراء من الترقيح، وهو المنقول عن المصنف، وقال: هكذا قررناه على المشايخ. وفى "الجمهرة": رقح فلان ترقيحا إذا أصلحه، وقال الكاكى: قال شيخى صاحب "النهاية": ولكن صححه شيخى مولانا حافظ الدين بالراء من الترقيح، وهو الأصح؛ لأنه أعم. قال الإنزارى: رأيت فى نسخة ثقة من نسخ "مختصر الكرخى" مكتوبًا فى تاريخ سنة إحدى وأربع مائة بالواو، كما قال صاحب "المغرب": لا بالراء، انتهى، وكذا رأيت بخط شيخى العلا،

ذلك[١] ، ويقاتلوا[٢] بما يجدونه من السلاح كل ذلك[٣] بلا قسمة ، وتأويله[٤] إذا احتاج إليه بأن لم يكن له سلاح ، وقد بيناه[٥] .

ولا يجوز[٦] أن يبيعوا من ذلك شيئًا[٧] ، ولا يتموّلونه[٨] ؛ لأن البيع يترتب على الملك ، ولا ملكَ على ما قدمناه[٩] ، وإنما هو إباحة ، وصار[١٠] كالمباح له الطعام ، وقوله[١١] : ولا يتموّلونه إشارة إلى أنهم لا يبيعونه بالذهب والفضة والعروض ؛ لأنه لا ضرورة إلى ذلك[١٢] ، فإن باعه أحدهم[١٣] رد الثمن إلى الغنيمة ؛ لأنه بدل عين كانت للجماعة[١٤] . وأما الثياب والمتاع : فيكره الانتفاع بها قبل القسمة من غير حاجةٍ للاشتراك[١٥] إلا أنه يقسم الإمام بينهم فى دار الحرب إذا احتاجوا إلى الثياب والدواب

فهو بالواو أولى. (ب)

(١) إشارة إلى ما ذكره من قوله: الطعام كالخبز إلى هنا.

(٢) هذا لفظ القدورى معطوف على قوله: أن يعلف العسكر. (ب)

(٣) قوله: "كل ذلك" أى كل ما قلنا: من علف الدواب، وأكل طعام الغنيمة، واستعمال الحطب، والادهان، والقتال بسلاح الغنيمة. (ب)

(٤) قوله: "وتأويله" إنما احتاج إلى هذا التأويل؛ لأنه إذا احتاج الغازى إلى استعمال سلاح الغنيمة بسبب صيانة سلاحه لا يجوز. (عناية)

(٥) إشارة إلى قوله: بخلاف السلاح، فإنه يستصحبه.

(٦) هذا أيضًا لفظ القدورى. (ب)

(٧) أى بالذهب والفضة.

(٨) قوله: "ولا يتمولونه" قال الإنزارى: معطوف على قوله: لايجوز، لا على قوله: أن يبيعوا؛ لأن ذلك عكس الغرض. (ب)

(٩) يعنى لا ملك قبل الإحراز. (عناية)

(١٠) قوله: "وصار" يعنى كما أباح طعامه لغيره لا يجوز له أن يبيع ويتمول. (ب)

(١١) أى القدورى. (ب)

(١٢) أى إلى البيع بشىء من هذه الأشياء.

(١٣) أى أحد الغانمين.

(١٤) فإن المبيع كان مشتركًا بين الغانمين.

(١٥) أى لأجل اشتراك الغانمين فيها. (ب)

والمتاع؛ لأن المحرّم يستباح للضرورة[١]، فالمكروه[٢] أولى، وهذا لأن حق المدد[٣] محتمل، وحاجة هؤلاء[٤] متيقن بها، فكان أولى بالرعاية[٥]، ولم يذكر القسمة فى السلاح. ولا فرق[٦] فى الحقيقة، فإنه إذا احتاج واحد يباح له الانتفاع فى الفصلين[٧]، فإن احتاج الكل يقسم[٨] فى الفصلين، بخلاف ما إذا احتاجوا إلى السبى حيث لا يقسم؛ لأن الحاجة إليه فى فضول الحوائج[٩]. قال[١٠]: ومن أسلم منهم[١١] معناه فى دار الحرب[١٢] أحرز بإسلامه نفسه؛ لأن الإسلام ينافى ابتداء الاسترقاق[١٣]،

---

(١) ومن ثم قالوا: "الضرورات تبيح المحذورات".

(٢) وهو استعمال الثياب والانتفاع.

(٣) قوله: "وهذا لأن إلخ" جواب سؤال مقدر بأن يقال: كيف جازت القسمة، وفيها قطع حق الغير، وهو المدد؛ لأن المدد إذا لحقهم شركهم. (ب)

(٤) أى الحاضرين فى الجهاد.

(٥) لأنه لا اعتبار للمحتمل.

(٦) بين السلاح، وبين الثياب إذا احتاجوا إليه. (ب)

(٧) أى الثياب والسلاح. (ك)

(٨) أى جمع الغزاة. (ب)

(٩) وهو الوطئ لا من أصولها.

(١٠) أى القدورى. (ب)

(١١) أى الكفار.

(١٢) قوله: "معناه فى دار الحرب" إنما قيد بهذا؛ لأنه لو هاجر الحربى إلى دار الإسلام، وأسلم لا يصير ماله وأولاده فى دار الحرب محرزين بإسلامه.

وذكر فى "الفوائد الظهيرية": ههنا أربع مسائل: أحدها: إذا أسلم فى دار الحرب، ولم يخرج حتى ظهر المسلمون، فالحكم فيها ما ذكر أنه لا يغنم نفسه، وأولاده الصغار. والثانية: الحربى إذا دخل دارنا بأمان، فأسلم، ثم ظهر المسلمون على داره، فأهله، وماله، وجميع ما خلفه فى دار الحرب من أولاده الصغار فىء.

والثالثة: إذا أسلم الحربى فى دار الحرب، ثم دخل دار الإسلام، ثم ظهروا على داره، فجميع ماله هناك فىء إلا أولاده الصغار. والرابعة: إذا دخل المسلم دار الحرب بأمان، واشترى منهم أموالا، وله أولاد، واستصحبهم مع نفسه فى دار الحرب، ثم ظهروا على داره. فالجواب فيه على نحو ما ذكرنا فى الأولى إلا فى فصلين: أحدهما: أن أولاده الكبار لا يصيرون فيئًا؛ لأنهم مسلمون. والثانى: أن ما كان وديعة له عند حربى لا يصير فيئًا على رواية أبى سليمان، وعلى رواية أبى حفص يصير فيئًا. (كفاية)

وأولادَه الصغار[١]؛ لأنهم مسلمون بإسلامه[٢] تبعًا، وكل[٣] مال هو فى يده؛ لقوله عليه السّلام[٤]: «من أسلم على مال فهو له»*، ولأنه سبقت يدُه الحقيقة إليه يدَ الظاهرين غلبةً أو وديعة[٥] فى يد مسلم أو ذمى؛ لأنه فى يد صحيحة[٦] محترمة[٧]، ويده[٨] كيده[٩].

فإنْ ظهرنا[١٠] على دار الحرب، فعقاره فىء[١١]، وقال الشافعى[١٢]: هو له؛ لأنه فى يده، فصار كالمنقول[١٣].

---

(١٣) قوله: "ابتداء الاسترقاق" احترز به عن الاسترقاق بقاء؛ لأن الإسلام لا ينافيه، وهذا لأن الرق جزاء الكفر الأصلى، فإنهم لما استنكفوا أن يكونوا عبيد الله جازاهم بأن يكونوا عبيد عبيده، بخلاف الرق من الابتداء، فإنه صار من الأمور الحكمية. (ب)

(١) عطف على قوله: نفسه، احترز به عن الكبار.

(٢) أى بإسلام مسلم.

(٣) بالنصب.

(٤) قلت: رواه أبو يعلى الموصلى. (ب)

* راجع نصب الراية ج٣ ص٤١٠، والدراية ج٢، الحديث ٧١٦ ص١٢٠. (نعيم)

(٥) قوله: "أو وديعة" بالرفع عطف على قوله: هو، فإن قلت: العطف على المبتدأ يقتضى الشركة فى الخبر، ولا شركة ههنا. قلت: يمكن أن يكون من باب عطف الشيئين على معمولين نحو زيد قاعد، وعمرو قائم، وروى بالنصب عطف على وكل مال، ويجوز أن يرفع عطفًا على قوله: فى يديه أى كل مال هو وديعة فى يد مسلم، أو ذمى. (د)

(٦) احتراز عن يد الغاصب.

(٧) احتراز عن يد الحربى.

(٨) أى يد المودِع.

(٩) قوله: "كيده [أى كيد المالك]" لأنهما نائبان فى الحفظ، وعاملان له، فإن كانت وديعة عند حربى، يصير فيئًا على رواية أبى حفص، وعلى رواية أبى سليمان لا يكون فيئًا. (ب)

(١٠) بهذا يظهر الفرق بين العقار وبين المنقول.

(١١) قوله: "فعقاره فىء" هكذا ذكره، وفى "شرح الجامع الصغير": ولم يذكروا فيه خلافًا بين أصحابنا، وليس فى الأصل أيضًا ذكر الخلاف إلا أن الفقيه أبا الليث قال فى "شرح الجامع الصغير"، قال أبو يوسف فى "الأمالى": لا يصير فيئًا، وهو قول الشافعى. (ب)

(١٢) وبه قال مالك وأحمد. (ب)

(١٣) حيث يكون له بلا خلاف.

ولنا أن العقار في يد أهل الدار وسلطانها؛ إذ هو من جملة دار الحرب، فلم يكن في يده[(١)] حقيقة، وقيل: هذا[(٢)] قول أبي حنيفة وأبي يوسف الآخر، وفي قول محمد، وهو قول أبي يوسف الأول هو كغيره من الأموال بناء[(٣)] على أن اليد حقيقةً لا يثبت على العقار عندهما، وعند محمد يثبت، وزوجته فيء؛ لأنها كافرة حربية لا تتبعه في الإسلام[(٤)]. وكذا حملها فيء خلافًا للشافعي هو يقول: إنه مسلم تبعًا[(٥)] كالمنفصل[(٦)]، ولنا[(٧)] أنه جزءها فيرق برقها، والمسلم[(٨)] محل للتملك تبعًا لغيره، بخلاف المنفصل[(٩)]؛ لأنه حر؛ لانعدام الجزئية عند ذلك[(١٠)]، وأولادُه الكبار فيء؛ لأنهم كفار حربيون ولا تبعية[(١١)].

ومن قاتل من عبيده[(١٢)] فيء؛ لأنه لما تمرّد على مولاه خرج من يده[(١٣)]،

---

(١) وإذا كان كذلك، فيغلب عليه يد الظاهرين.

(٢) أي قول القدوري: فعقاره فيء.

(٣) قوله: "بناء إلخ" فإن قلت: اليد الحقيقية، وإن كانت لا يثبت على العقار، فقد يثبت الحكمية، واليد الحكمية للمالك سبقت اليد الحكمية للغانمين، فينبغي أن يرجح بالسبق، أجيب بأن اليد الحكمية للمالك من وجه، ولأهل الدار من وجه، فلا يعتبر بها. (ب)

(٤) قوله: "لا تتبعه [أي زوجها] في الإسلام" ألا ترى إلى أن المسلم يتزوج الكتابية، فتبقى كتابية، ولا تصير مسلمة؛ تبعا له. (عناية)

(٥) أي بتبعية أبيه.

(٦) أي كالمولود فإنه لا يتبع الأم، بل أبيه.

(٧) قوله: "ولنا" يعني الولد جزء للأم، وهي قد صارت بجميع أجزاءها فيئًا، ألا يرى أنه لا يجوز أن يستثنى الجنين في إعتاق الأم بحال، فكذا في الاسترقاق لا يصير مستثنيا بعد ما ثبت الرق في الأم. (د)

(٨) قوله: "والمسلم" جواب عن قول الشافعي: إنه مسلم تبعا، تقريره أنه وإن كان مسلماً تبعًا لكن المسلم محل للتملك، كما إذا تزوج المسلم أمة الغير، فيكون الولد رقيقًا بتبعية الأم، وإن كان مسلماً بإسلام أبيه. (ب)

(٩) قوله: "بخلاف المنفصل" جواب عن قول الشافعي: كالمنفصل. (ب)

(١٠) أي عند الانفصال.

(١١) لأن الكبير لا يتبع أبيه في الإسلام.

(١٢) أي من عبيد الذمي الذي أسلم. (ب)

فصار تبعًا[١] لأهل دارهم[٢]، وما كان من ماله في يد حربي، فهو فيء، غصبًا كان أو وديعة؛ لأن يده ليست بمحترمة[٣]، وما كان غصبًا في يد مسلم، أو ذمي، فهو فيء عند أبي حنيفة، وقال محمد[٤]: لا يكون فيئًا.

قال العبد الضعيف رحمه الله[٥]: كذا ذكر محمد الاختلاف[٦] في "السير الكبير"[٧]، وذكروا في "شرح الجامع الصغير" قول أبي يوسف مع قول محمد. لهما أن المال تابع للنفس[٨]، وقد صارت معصومةً بالإسلام، فيتبعها مالُه فيها[٩]، وله أنه مال مباح[١٠]، فيملك بالاستيلاء، والنفس[١١]

---

(١٣) فصار كالواقع في قارعة الطريق. (إله داد)

(١) فصار كالواقع في قارعة الطريق. (إله داد)

(٢) أي أهل الحرب.

(٣) فصار كالواقع في قارعة الطريق.

(٤) قوله: "وقال محمد: إلخ" في بعض النسخ، وقالا: لا يكون فيئًا، كذا ذكره إلخ، وهو ليس بصحيح؛ لأنه ليس بمذكور في "السير الكبير" بلفظ قالا، بل ليس لأبي يوسف فيه ذكر، وفي بعضها وقع هكذا. وذكر قول أبي يوسف مع قول أبي حنيفة، وهو أيضًا ليس بصحيح؛ لأن المذكور في "شرح الجامع الصغير" قوله مع قول محمد. وفي بعضها وقع هكذا، فهو فيء عند أبي حنيفة، وقال محمد: لا يكون فيئًا إلخ، وهذا هو الصحيح المطابق لرواية "السير الكبير" و "شرح الجامع الصغير". (ع)

(٥) أي المصنف.

(٦) بين أبي حنيفة ونفسه.

(٧) وسكت من ذكر أبي يوسف.

(٨) لكونه وقاية لها. (ع)

(٩) أي العصمة.

(١٠) قوله: "مال مباح" يعني المال الذي غصبه المسلم، أو الذمي من الحربي الذي أسلم مال مباح، وليس بمعصوم لعدم الإحراز. أما حقيقة: فظاهر، وأما حكمًا: فلأنه ليس في يد نائبة؛ لكونه في يد الغاصب، وهو ليس بنائب، بخلاف المودع، وكل مال مباح يملك بالاستيلاء. (ع)

(١١) قوله: "والنفس [جواب عن قولهما: إن المال تابع للنفس. ب] إلخ" تقريره أنا لا نسلم أن النفس ليس صارت معصومة بالإسلام. ألا ترى أن النفس ليس بمتقومة؛ لأن العصمة المتقومة لا يثبت إلا بدار الإسلام، ولهذا إذا قتله مسلم عمدًا، أو خطأً لا يجب القصاص، ولا الدية عندنا، خلافًا للشافعي، ولكنها معصومة بالعصمة إليه أشار بقوله: إلا أنه وهو في الحقيقة جواب عما يقال: لو لم يكن معصومة لما كان يحرم التعرض كالحربي، وليس كذلك. (ب)

لم تصر معصومةً بالإسلام. ألا ترى أنها ليست بمتقومة إلا أنه محرم التعرض في الأصل[(١)]؛ لكونه مكلفًا[(٢)]، وإباحةُ التعرض بعارض شره، وقد اندفع بالإسلام، بخلاف المال[(٣)]؛ لأنه خلق عرضة للامتهان[(٤)]، فكان محلا للتملك[(٥)]، وليست في يده[(٦)] حكمًا، فلم تثبت العصمة.

وإذا خرج المسلمون من دار الحرب لم يجز أن يَعلفوا من الغنيمة، ويأكلوا منها؛ لأن الضرورة قد ارتفعت، والإباحة باعتبارها، ولأن الحق[(٧)] قد تأكد حتى[(٨)] يورث نصيبه[(٩)]، ولا كذلك قبل الإخراج إلى دار الإسلام[(١٠)]، ومن فضل معه علف، أو طعام، رده إلى الغنيمة معناه[(١١)] إذا لم تقسم، وعن الشافعي مثل قولنا، وعنه أنه لا يرد اعتبارًا[(١٢)] بالمتلصّص. ولنا: أن الاختصاص ضرورة الحاجة وقد زالت[(١٣)]، بخلاف[(١٤)] المتلصّص؛ لأنه كان أحقّ به قبل الإحراز، فكذا بعده، وبعد

(١) يعني في نفس الأمر.

(٢) قوله: "لكونه مكلفًا" أي لكون الآدمي مخلوقًا للتكليف، ولا يتمكن من إقامته إلا ببقاءها، ولا بقاء إلا بالعصمة. (ب)

(٣) إيضاح للفرق بين النفس والمال.

(٤) أي الابتذال.

(٥) فالمقتضى موجود، والمانع هو كونه في يده حقيقة، أو حكمًا مندفع.

(٦) بل في يد الغاصب.

(٧) أي حق المسلمين.

(٨) بالخروج من دار الحرب.

(٩) إذا مات في هذه الحالة، كما مر.

(١٠) فإن هناك ضرورة.

(١١) أي معنى قول القدوري.

(١٢) قوله: "اعتبارًا إلخ" فإنه إذا دخل الواحد والاثنان دار الحرب بغير إذن الإمام، فأخذوا شيئًا، فهو لهم، ولا يخمس؛ لأنه ليس بغنيمة؛ إذ الغنيمة ما يؤخذ قهرًا بإذن الإمام، بل هو مباح سبقت يدهم إليه. (ع)

(١٣) الضرورة.

(١٤) يعني قياسه عليه غير صحيح لوجود الفارق. (ب)

القسمة[١] تصدقوا به إن كانوا أغنياء، انتفعوا به إن كانوا محاويج؛ لأنه صار في حكم اللقطة؛ لتعذر الرد[٢] على الغانمين، وإن كانوا انتفعوا به بعد الإحراز ترد قيمته إلى المغنم، إن كان لم يقسم، وإن قسمت الغنيمة، فالغني يتصدق بقيمته، والفقير لا شيء عليه لقيام القيمة مقام الأصل[٣]، فأخذ حكمه[٤].

فصل[٥] في كيفية القسمة

قال: ويقسم الإمام الغنيمة، فيخرج خمسها؛ لقوله تعالى: ﴿فإنّ لله[٦] خمسه وللرسول﴾ استثنى الخمس[٧]. ويقسم أربعة الأخماس بين الغانمين[٨]؛ لأنه عليه السّلام قسّمها بين الغانمين[٩]*، ثم

(١) قوله: "وبعد القسمة [ابتداء المسألة مستقلة. ب]" يعني إذا جاءوا بما فضل من علف، أو طعام بعد قسمة الإمام الغنيمة تصدقوا به إن كانوا أغنياء، وانتفعوا به إن كانوا محاويج أي محتاجين، كذا في "المغرب" يقال: حاج يحوج حوجًا، والحوجاء والحاجة بمعنى واحد، وحوائج جمع حائجة، كذا نقل ابن دريد عن الإصمعي، ولم يذكر المحاويج، ولعله جمع محوج اسم فاعل بإشباع الياء. (ب)

(٢) لتفرقهم.

(٣) فكما يجوز للفقير الانتفاع بعين الشيء على ما مر آنفا، كذلك يجوز له الانتفاع بقيمته أيضًا.

(٤) أي المذكور وهو القيمة.

(٥) قوله: "فصل" لما ذكر أحكام الغنائم، فلا بد من ذكر كيفية قمستها. (ع)

(٦) قوله: "فإن لله" قال الله تعالى: ﴿واعلموا أنما غنمتم من شيء فإن لله خمسه وللرسول ولذي القربى واليتامى والمساكين وابن السبيل﴾ الآية.

(٧) قوله: "استثنى الخمس [استعار الاستثناء للإخراج؛ لأنه ليس في اللفظ الاستثناء. ب]" أي استثنى الله تعالى الخمس من أن يثبت حق الغانمين فيه، وأخرجه عنه، فالاستثناء ههنا بمعنى الإخراج يقال: استثنيت الشيء أي زويته لنفسي، فهذا يرجع إلى قول الله تعالى، لا إلى قسمة الإمام، بل الخمس داخل في قسمته، إذ حاصل بيان قسمتها أن يعطى خمسها لليتامى والمساكين وابن السبيل على ما يأتي. (ف)

(٨) قوله: "بين الغانمين" بالكتاب والسنة والإجماع، أما الكتاب: فلأن الله تعالى قال: ﴿واعلموا أنما غنمتم من شيء فإن لله خمسه﴾ أضاف الغنيمة إلى الغانمين، وهم الغزاة، ثم قال: ﴿فإن لله خمسه﴾، فكان بيان ضرورة أن بقية الأخماس بين الغانمين، وقد عرف ذلك في أصول الفقه. وأما السنة: فلأن النبي ﷺ قسمها بين الغانمين، ولأن الأربعة الأخماس للغانمين بالإجماع، فيقسم بينهم أيضًا إيصالا للحق إلى المستحق. (عناية)

(٩) قوله: "قسمها بين الغانمين" أخرجه الطبراني عن ابن عباس قال: كان رسول الله بعث سرية فغنموا خمس الغنيمة، فضرب ذلك الخمس في خمسه، ثم قرأ ﴿واعلموا﴾ الآية، فجعل سهم الله وسهم الرسول

للفارس[١] سهمان، وللراجل[٢] سهم عند أبي حنيفة[٣].

وقالا: للفارس ثلاثة أَسْهُم[٤]، وهو قول الشافعي؛ لما روى[٥] ابن عمر: «أن النبي عليه السلام أَسْهم[٦] للفارس ثلاثة أَسْهُم[٧] وللراجل[٨] سهمًا»*، ولأن الاستحقاق بالغناء[٩]، وغناءه على ثلاثة أمثال الراجل؛ لأنه للكرّ والفر[١٠] والثبات، والراجل للثبات[١١] لا غير.

ولأبي حنيفة: ما روى ابن عباس[١٢]: «أن النبي ﷺ أعطى الفارسَ

واحدًا، ولذى القربى سهمًا، ثم جعل هذين السهمين قوة في الخيل والسلاح، وجعل سهم اليتامى والمساكين وابن السبيل لا يعطيه غيرهم، ثم جعل أربعة أخماس للغانمين: للفرس سهمان، ولراكبه سهم، وللراجل سهم. (ت)

* راجع نصب الراية ج٣ ص٤١٢، والدراية ج٢، الحديث ٧١٧ ص١٢٢. (نعيم)

(١) قوله: "للفارس" فيه إشارة إلى أن صاحب النعال والراجل سواء في ذلك، وذلك لأن القياس يأبى استحقاق شيء من الغنيمة، بسبب الفرس؛ لأنه آلة الفارس وبسائر الآلات لا يستحق شيئًا من الغنيمة، فكذا بهذه الآلة إلا أنا تركناه بسبب الأثر، ولا نص في ما سوى الفارس، كذا قال مولانا إله داد الجونفوري في "شرح الهداية"، وأما حديث المتنعل راكب: فليس المراد به أنه راكب في الأحكام. (من غاية المقال فيما يتعلق بالنعال للمولوي محمد عبد الحي نور الله مرقده)

(٢) أي الذي يمشي على رجليه.

(٣) وبه قال زفر.

(٤) بفتح الأول وسكون الثاني وضم الثالث.

(٥) أخرجه الجماعة إلا النسائي.

(٦) ماض من الإسهام.

(٧) جمع سهم.

(٨) پياده پا.

* راجع نصب الراية ج٣ ص٤١٣، والدراية ج٢، الحديث ٧١٨ ص١٢٢. (نعيم)

(٩) قوله: "بالغناء" بالفتح والمد الأجزاء والكفاية، والكر الحملة، والفر بمعنى الفرار. (ع)

(١٠) قوله: "والفر" الكر بالفتح والتشديد: الرجوع، والفر بالفتح والتشديد: الفرار، فإن قلت: كيف يوصف بالفر الفارس، وهو غير محمود. قلت: الفر في موضعه محمود كي لا يرتكب النهي المذكور في قوله تعالى: ﴿ولا تلقوا بأيديكم إلى التهلكة﴾. (ب)

(١١) أي في الحرب.

(١٢) قوله: "ما روى ابن عباس" قلت: هذا غريب من حديثه، وفي الباب أحاديث: منها: حديث مجمع ابن حارثة أخرجه أبو داود قال: "شهدنا الحديبية، فخرجنا مع الناس فوجدنا رسول الله ﷺ واقفا على راحلته، فلما

سهمين والراجل سهمًا»*، فتعارض فعلاه[٢]، فيرجع إلى قوله[٣]، وقد قال عليه السّلام[٤]: «للفارس سهمان وللراجل سهم»** كيف[٥]؟ وقد روى عن ابن عمر: «أن النبى عليه السلام قسم للفارس سهمين وللراجل سهمًا»***، وإذا تعارضت روايتاه ترجح رواية غيره[٦]، ولأن الكرّ والفر[٧] من جنس واحد[٨]، فيكون غناءه مثلى غناء

اجتمع عليه الناس قرأ: ﴿إنا فتحنا لك فتحًا مبينًا﴾، فقال رجل: أفتح هو؟ قال: نعم، والذى نفس محمد بيده إنه فتح فقسمت خيبر على أهل الحديبية، فقسمها رسول الله ﷺ على ثمانية عشر سهمًا، وكان الجيش ألفا وخمس مائة، فيهم ثلاث مائة فارس فأعطى الفارس سهمين، وأعطى الراجل سهمًا".

قال أبو داود: "وهذا وهم، إنما كانوا مائتى فارس، فأعطى الفارس سهمين ولصاحبه سهمًا"، والصحيح حديث ابن عمر، وأخرج الواقدى فى المغازى عن الزبير بن العوام قال: شهدت بني قريظة فضرب لى بسهم، ولفرسى بسهم، وروى ابن مردويه فى تفسيره عن عائشة قلت: أصاب رسول الله ﷺ سبايا بنى المصطلق، فأخرج الخمس منها ثم قسم بين المسلمين، فأخرج للفارس سهمين، وللراجل سهمًا. (ت)

* راجع نصب الراية ج٣ ص٤١٦، والدراية ج٢، الحديث ٧١٩ص١٢٣. (نعيم)

(٢) قوله: "فتعارض فعلاه" اعترض عليه بأنه كيف يتحقق المعارضة، وليس لحديث ابن عباس أثر فى كتب الحديث، كذا قال العينى، ويدفع بأن روايات فعله موجود فى رواية ابن مردويه والواقدى وغيرهما، وإن كانت من غير طريق ابن عباس، فإن قلت: كيف يصح التعارض، وحديث ابن عمر موجود فى "صحيح البخارى"، فله الترجيح. قلت: ذكر ابن الهمام فى مواضع من "فتح القدير" أن كون الحديث فى كتاب البخارى أصح من حديث آخر فى غيره مع كون رجاله رجال الصحيح، أو رجال روى عنهم البخارى تحكم محض مع أن الجمع حتى الوسع أولى من إبطال الحديث، وهو بأن يحمل رواية ابن عمر فى التنفيل.

وبعد اللتيا والتى أقول: فلا يخفى على من طالع "تخريج الزيلعى" و "فتح القدير" وغيره أن روايات السهمين للفارس ضعيفة من حيث السند، وروايات الأسهم له قوية مع كثرتها جدًا، ولذلك مال ابن الهمام فى هذه المسألة إلى قولهما، والله أعلم. (مولوى محمد عبد الحى نور الله مرقده)

(٣) قوله: "فيرجع إلى قوله" طريقة استدلاله مخالف لقواعد الأصول، فإن الأصل أن الدليلين إذا تعارضا، وتعذر التوفيق، يصار إلى ما بعده، لا إلى ما قبله، والقول أقوى من الفعل بالاتفاق. (ع)

(٤) غريب جدًا، وأخطأ من عزاه لابن أبى شيبة. (ن)

** راجع نصب الراية ج٣ ص٤١٧، والدراية ج٢، الحديث ٧٢٠ص١٢٣. (نعيم)

(٥) قوله: "كيف" وقد روى أى كيف يحتج لأبى يوسف ومحمد برواية ابن عمر، والحال أنه قد روى عنه أيضًا: «أن النبى صلى الله عليه وعلى آله وسلم قسم للفارس سهمين»، رواه ابن أبى شيبة. وقال أبو بكر النيسابورى: هذا عندى وهم عند ابن أبى شيبة، فإن أحمد بن حنبل وعبد الرحمن ابن بشر وغيرهم رووه عن ابن نمير عن عبيد الله عن نافع عنه خلاف ذلك يعنى أنه أسهم للفارس ثلاثة أسهم. (ب)

*** راجع نصب الراية ج٣ ص٤١٧، والدراية ج٢، الحديث ٧٢١ص١٢٣. (نعيم)

(٦) قوله: "ترجح رواية غيره" قال الإنزارى: أى سلم رواية ابن عباس عن المعارضة، وقال صاحب

الراجل، فيفضل عليه بسهم[(١)]، ولأنه تعذر اعتبار مقدار الزيادة؛ لتعذر معرفته[(٢)]، فيدار الحكم على سببٍ ظاهر[(٣)]، وللفارس سببان: النفس والفرس، وللراجل: سببٌ واحد، فكان استحقاقه على ضعفه، ولا يسهم[(٤)] إلا لفرس واحد. وقال أبو يوسف: يسهم لفرسين؛ لما روى[(٥)] أن النبى عليه السّلام أسْهم لفرسين*، ولأن الواحد قد يعى[(٦)]، فيحتاج إلى الآخر.

ولهما: أن البراء بن أوس قاد فرسين[(٧)]، ولم يسهم رسول الله عليه السلام إلا لفرس واحد**، ولأن القتال[(٨)] لا يتحقق بفرسين دفعة

"النهاية": قوله: روايتاه أى روايتا ابن عمر، وهى رواية الجماعة على وفق مذهبنا، ورواية أبى حنيفة على وفق مذهبه، وقوله: ترجح أى ترجح رواية غيره، وهو ابن عباس.

قلت: لا معارضة أصلا فى روايتى ابن عمر؛ لأن الصحيح فى روايته هو السابقة التى فيها ثلاثة أسهم للفارس، وكيف يقول صاحب "النهاية" ومن تبعه من الشراح؟ إن رواية ابن عباس سلم من المعارضة، والحال أنه لم يصح كما ذكرنا، وهذا كله من آفة التقليد، وعدم رجوعهم إلى مدارك الحديث. (ب)

(٧) جواب عن دليلهما العقلى.

(٨) لأن الفر إنما يكون للكر لا لذاته؛ لأنه غير مستحسن.

(١) قوله: "فيفضل عليه بسهم" لأن سبب الغناء فى الفارس نفسه وفرسه، فيعطى سهمين، وفى الراجل نفسه، فيعطى سهمًا واحدًا، وفيه تأمل؛ لأن الرأى لا مدخل له فى المقدرات الشرعية. (ب)

(٢) قوله: "لتعذر معرفته" أى لتعذر معرفته قدر الزيادة؛ لأن تلك إنما تظهر عند المسابقة والمقاتلة عند التقاء الصفين، وكل منهم مشغول بشأنه فى ذلك الوقت. (ك)

(٣) وهو مجرد كونه فارسًا، وكونه راجلا، إليه أشار فى "الأسرار". (ب)

(٤) قوله: "ولا يسهم [هذا لفظ القدورى. ب]" أى إذا دخل دار الحرب بفرسين، أو أكثر لا يسهم إلا لفرس واحد، وهو قول مالك والشافعى، وقال أبو يوسف: وهو قول أحمد: يسهم بفرسين. (ف)

(٥) قوله: "لما روى" قلت: أخرجه الدارقطنى فى "سننه" عن بشر بن عمرو بن محصن قال: «أسهم رسول الله لفرسى أربعة أسهم ولى سهمًا»، وروى عبد الرزاق عن الزبير: "أنه حضر خيبر بفرسين، فأعطاه خمسة أسهم". (ت)

* راجع نصب الراية ج٣ ص٤١٨، والدراية ج٢، الحديث ٧٢٢ ص١٢٤. (نعيم)

(٦) مانده مى شود أى يتعب. (ب)

(٧) قلت: غريب، بل جاء عنه عكسه، كما ذكر ابن مندة فى "معرفة الصحابة" فى ترجمته. (ب)

** راجع نصب الراية ج٣ ص٤١٩، والدراية ج٢، الحديث ٧٢٣ ص١٢٤. (نعيم)

واحدةً، فلا يكون السبب الظاهر[١] مفضيًا إلى القتال عليهما، فيسهم لواحد، و[٢] لهذا[٣] لا يسهم[٤] لثلاثة أفراس، ومارواه[٥] محمول على التنفيل، كما أعطى سَلَمة بن الأكوع سهمين[٦]، وهو[٧] راجل*.

والبراذين[٨] والعِتَاق[٩] سواء؛ لأن الإرهاب[١٠] مضاف إلى جنس الخيل في الكتاب[١١]، قال الله تعالى[١٢]: ﴿ومن رباطِ الخيل تُرْهِبُوْنَ به عدوَّ الله وعدوّكم﴾، واسم الخيل يطلق على البَراذين، والعِتاق والهجين[١٣]،

---

(٨) قوله: "ولأن القتال إلخ" حاصل الدليلين وقوع التعارض بين روايتى فعله عليه الصلاة والسلام، والرجوع إلى ما بعدهما، وهو القياس بقوله: ولأن القتال إلخ. (عناية)

(١) وهو مجاوزة الدرب. (عناية)

(٢) الواو حالية.

(٣) أى لعدم كون السبب الظاهر مفضيًا إلى القتال.

(٤) بالإجماع. (ب)

(٥) قوله: "وما رواه [جواب عن حديث أبى يوسف ومحمد]" قال الأكمل فى "العناية": هذا استظهار فى تقوية الدليل؛ لأن ما رواه لما سقط بالمعارضة لا يحتاج إلى جواب عنه، أو تأويل له -انتهى-.
قلت: قد ذكرنا أنه ما تمت هناك معارضة، فمن أين يأتى الاستظهار فى قوة الدليل؟ (ب)

(٦) قلت: أخرجه مسلم فى قصة الحديبية. (ت)

(٧) الواو حالية.

* راجع نصب الراية ج٣ ص٤١٩، والدراية ج٢، الحديث ٧٢٤ ص١٢٥. (نعيم)

(٨) قوله: "والبراذين [هذا لفظ القدورى]" جمع برذون بالكسر، وهى خيل العجم، قال فى "مجمل اللغة": برذن الرجل إذا أثقل، واشتقاق البرذون منه، والعتاق بكسر العين وتخفيف التاء المثناة الفوقية جمع عتيق أى كريم، والعتاق كرام الخيل العربى. قال الإمام الإسبيجابى فى "شرح الطحاوى": ويستوى الفرس العربى والنجيب، والبرذون وغيرها مما يقع عليه اسم الفرس، وأما من كان له جمل، أو حمار، أو بغل، فهو والراجل سواء. (ب)

(٩) قوله: "سواء" أى فى القسمة، فلا يفضل أحدهما على الآخر، وقيل: إنما ذكر هذا؛ لأن من أهل الشام من يقول: لا سهم للبراذين، ورووا فيه حديثًا شاذًا. (ف)

(١٠) أى المذكور فى الآية.

(١١) قوله: "فى الكتاب" قال الله تعالى: ﴿وأعدوا لهم [أى للكفار] ما استطعتم من قوة﴾ أى من الآلات التى تكون لكم قوة عليهم من الخيل والسلاح، ومن رباط الخيل أى ربطها، واقتناءها للغزو ترهبون به أى تخوفون به عدو الله وعدوكم. (معالم التنزيل)

(١٢) فى سورة أنفال.

(١٣) قوله "والهجين" هوما يكون أبوه من البراذين، وأمه عربية، والمقرف ما يكون أبوه عربيًا، وأمه برذونة. (ف)

والمقرف إطلاقًا واحدًا[(١)]، ولأن العربي إن كان في الطلب، والهرب أقوى، فالبرذون أصبر وألين عطفًا[(٢)]، ففي كل واحد منهما منفعة معتبرة فاستويا. ومن دخل دار الحرب فارسًا[(٣)]، فنفق[(٤)] فرسه[(٥)] استحق سهم الفرسان، ومن دخل راجلا، فاشترى فرسًا[(٦)] استحق سهم راجل، وجواب الشافعي على عكسه في الفصلين[(٧)]، وهكذا[(٨)] روى ابن المبارك عن أبي حنيفة في الفصل الثاني[(٩)] أنه يستحق سهم الفرسان.

والحاصل أن المعتبر عندنا حالة المجاوزة[(١٠)]، وعنده حال انقضاء الحرب[(١١)]، له أن السبب[(١٢)] هو القهر والقتال، فيعتبر حال الشخص عنده[(١٣)]، والمجاوزة وسيلة إلى السبب كالخروج من البيت[(١٤)]، وتعليق

---

(١) قوله: "إطلاقًا واحدًا" وفي كل منها خصوصية ليست في الآخر، فالعتيق إن فضل بجودة الفر والكر، فالبرذون يفضل بزيادة على قوة الحمل والصبر ولين العطف. (فتح القدير)

(٢) قوله: "ألين عطفًا [بالكسر والفتح أي انعطافًا. ب]" كونه ألين في الانعطاف ممنوع؛ لأنها دائرة مع التعليم، والعربي أقبل الأدب من العجمي. (فتح القدير)

(٣) قوله: "ومن دخل دار الحرب إلخ" هذا بيان وقت إقامة السبب الظاهر مقام ما يوجب زيادة السهم، وهو وقت مجاوزة الدرب عندنا. (عناية)

(٤) أي هلك. (ن)

(٥) قوله: "فرسه" رجل جاوز الدرب بفرس مغصوب، أو مستعار، أو مستأجر، ثم استرده المالك، فشهد الواقعة راجلا، فيه روايتان: في رواية له سهم فارس، وفي رواية: سهم راجل، ومقتضى كونه جاوز الدرب لقصد القتال عليه ترجح الأولى. (ف)

(٦) قوله: "فاشترى فرسًا" وكذا إذا وهب له، أو ورث، أو استعار، أو استأجر. (ب)

(٧) قوله: "في الفصلين" يعني لا يعتبر عنده دخوله في دار الحرب فارسًا، ولا دخوله راجلا، بل المعتبر عنده كونه فارسًا أو راجلا عند شهود الوقعة. (ب)

(٨) أي مثل جواب الشافعي.

(٩) قوله: "في الفصل الثاني" وهو ما إذا دخل في دار الحرب راجلا، ثم اشترى فارسًا، وقاتل فارسًا. (ك)

(١٠) قوله: "حالة المجاوزة" الدرب، وإنما أطلقه لشهرة المسألة بين الفقهاء، وقال الخليل: الدرب الواسع على السكة، وعلى كل مدخل من مداخل الروم درب، والمراد ههنا الحد الذي بين دار الحرب ودار الإسلام. (ب)

(١١) قوله: "حال انقضاء الحرب" أي تمامها، وهذه رواية عنه، والظاهر من مذهبه أنه يعتبر مجرد شهود الوقعة، وكان المصنف أشار بقوله: حال انقضاء الحرب إلى أحد الروايتين، وأشار بالدليل إلى الأخرى. (ع)

(١٢) أي سبب استحقاق الغنيمة.

(١٣) إشارة إلى حال شهود الوقعة.

الأحكام[١] بالقتال يدل[٢] على إمكان الوقوف عليه، ولو تعذر[٣] أو تعسر يعلق بشهود الواقعة؛ لأنه أقرب إلى القتال[٤].

ولنا أن المجاوزةَ نَفسها قتال[٥]؛ لأنه[٦] يلحقهم الخوف بها، والحال بعدها حالة الدوام[٧]، ولا معتبر بها[٨]، ولأن الوقوف على حقيقة القتال متعسر[٩]، وكذا على شهود الوقعة؛ لأنه حال التقاء الصفين، فتقام المجاوزة مقامه[١٠]؛ إذ هو السبب المفضي إليه ظاهراً، إذا كان على قصد القتال[١١]، فيعتبر حال الشخص حالة المجاوزة، فارسًا كان أو راجلا، ولو

---

(١٤) قوله: "كالخروج من البيت" أي لقصد القتال إلى دار الحرب، فإنه وسيلة إلى السبب، وحال الغازي عند ذلك لا يعتبر بالاتفاق، وكذا عند المجاوزة. (ف)

(١) قوله: "تعليق الأحكام [مبتدأ]" هذا جواب بطريق المنع؛ لما يقال من جهة أصحابنا: إن القتال أمر خفي لا يوقف عليه، فيقام السبب الظاهر مقام القتال، وهو المجاوزة، وتقريره لا نسلم أنه لا يوقف عليه، وكيف لا؟ وتعليق الأحكام كإعطاء الرضخ للصبي إذا قاتل، وكذلك المرأة، والعبد يدل على إمكان الوقوف عليه، فلو لم يوقف عليه لم يتعلق به حكم. (ب)

(٢) خبر.

(٣) قوله: "ولو تعذر" هذا جواب بطريق التسليم يعني سلمنا أن الوقوف على القتال متعذر، أو متعسر، كما قلتم: بأن يكون في الليل، أو المطر، فح يتعلق الأحكام بشهود الوقعة، لا بالمجاوزة. (ب)

(٤) أي من المجاوزة. (ف)

(٥) قوله: "قتال" لأن القتال اسم لفعل يقع به للعدو خوف، ومجاوزة الدرب قهرًا وشوكةً يحصل لهم الخوف، فكان قتالا، وإذا وجد أصل القتال فارسًا لم يتغير حكمه بتغير أحوالهم بعد ذلك؛ لأن ذلك آلة دوام القتال، ولا معتبر بها؛ لأنه لا يمكن تعليق الحكم بدوام القتال؛ لأن الفارس لا يمكنه أن يقاتل فارسًا واحدًا دائمًا، فإنه لا بد له أن ينزل في بعض المضائق. (عناية)

(٦) ضمير شأن.

(٧) أي دوام القتال.

(٨) قوله: "ولا معتبر بها بدليل أنه لا يعتبر صيرورتها راجلا، أو فارسًا بعد المجاوزة عندنا، وبعد شهود الوقعة عنده على اختلاف الأصلين. (كفاية)

(٩) قوله: "متعسر [لأنه حال شغل كل شاغل. ف]" لأن الإمام لا يمكنه أن يراقب بنفسه حال كل واحد أنه قاتل، أو لم يقاتل، وكذا بنائبه بأن يوكل عدلا يخبره بذلك، ولا يعتبر إخبار كل أيضًا من الجند؛ لأنه متهم بجر النفع. (ب)

(١٠) كما أقيم السفر مقام المشقة. (ب)

(١١) احتراز عمن ليس قصده القتال.

دخل فارسًا، وقاتل راجلا؛ لضيق المكان يستحق سهم الفرسان بالاتفاق[١]. ولو دخل فارسًا ثم بَاعَ فرسه، أو وهب، أو آجر، أو رهن، ففى رواية الحسن عن أبى حنيفة يستحق سهم الفرسان؛ اعتبارًا للمجاوزة[٢]، وفى ظاهر الرواية يستحق سهم الرجالة؛ لأن الإقدام على هذه التصرفات[٣] يدل على أنه لم يكن من قصده[٤] بالمجاوزة القتال فارسًا، ولو باعه بعد الفراغ[٥] لم يسقط سهم الفرسان، وكذا إذا باع فى حالة القتال عند البعض[٦]، والأصح أنه يسقط؛ لأن البيع يدل على أن غرضه التجارة فيه إلا أنه ينتظر غرته[٧].

ولا يسهم لمملوك، ولا امرأة، ولا صبى، ولا مجنون، ولا ذمى، ولكن يُرضخ لهم[٨] على حسب ما يرَى الإمام؛ لما روى أنه عليه السّلام: «كان لا يسهم النساء والصبيان والعبيد ولكن كان يرضخ لهم[٩]»*، ولما استعان عليه السّلام[١٠] باليهود على اليهود[١١] لم يعطهم

(١) أى بيننا وبين الشافعى.

(٢) أى عن الدرب، فإنه كان فى ذلك الوقت فارسًا.

(٣) أى البيع والرهن والإجارة ونظائرها.

(٤) قوله: "على أنه لم يكن [فإنه لو كان مقصوده ذلك لما فعل هذه العقود] من قصده إلخ" وسبب استحقاق سهم الفرسان هو المجاوزة على قصد القتال عليه، لا مطلق المجاوزة. (ف)

(٥) أى من القتال. (ب)

(٦) قوله: "عند البعض" أى عند بعض مشايخنا؛ لأن بيعه عند القتال يدل على أنه إنما باعه لرأى رآه فى الحرب. (ب)

(٧) أى غرة الفرس بالشروع فى القتال.

(٨) قوله: "ولكن يرضخ لهم" بالضاد والخاء المعجمتين من رضخ فلان بفلان أعطاه من ماله قليلا من كثير، والرضخ اسم. (ب)

(٩) قوله: "كان لا يسهم إلخ" قلت: أخرجه مسلم عن يزيد بن هرمز قال: كتب نجدة إلى ابن عباس يسأله عن العبد والمرأة يحضران المغنم، هل كان لهما سهم معلوم إذا حضروا؟ قال: لم يكن لهما سهم معلوم إلا أن يحذيا أى يعطيا من المغنم، وفى رواية أبى داود: فأما أن يضرب بسهم، فلا، وقد كان يرضخ لهن فى الصدر الأول. (ت)

* راجع نصب الراية ج٣ ص٤٢٠، والدراية ج٢، الحديث ٧٢٥ ص١٢٥. (نعيم)

شيئًا من الغنيمة* يعني أنه لم يسهم لهم، ولأن الجهاد عبادة، والذمي ليس من أهل العبادة. والصبي والمرأة عاجزان عنه، ولهذا لم يلحقهما فرضه[٢]، والعبد لا يمكنه المولى[٣]، وله منعه إلا[٤] أن يرضخ لهم تحريضًا على القتال مع إظهار انحطاط رتبتهم، والمكاتب بمنزلة العبد؛ لقيام الرق، وتوهم عجزه[٥]، فيمنعه المولى عن الخروج إلى القتال. ثم العبد إنما يرضخ له، إذا قاتل؛ لأنه دخل[٦] لخدمة المولى، فصار كالتاجر[٧]، والمرأة ترضخ لها إذا كانت تُداوي الجَرْحى[٨]، وتقوم على المرضى[٩]؛ لأنها عاجزة عن حقيقة القتال[١٠]، فتقام هذا النوع من الإعانة[١١] مقام القتال. بخلاف العبد[١٢]؛ لأنه قادر على حقيقة القتال[١٣]، والذمي إنما

(١٠) قوله: "ولما استعان [في غزوة الخيبر كما في رواية الواقدي] إلخ" قلت: روى البيهقي في "كتاب المعرفة" عن ابن عباس قال: استعان رسول الله ﷺ بيهود قينقاع، فرضخ لهم ولم يسهم لهم. (ت)

(١١) قوله: "على اليهود" فيه جواز الاستعانة بالكافر، وهو مذهبنا خلافًا لجماعة، وفيه بحث كثير ذكرناه في "شرح صحيح البخاري". (ب)

* راجع نصب الراية ج٣ ص٤٢٢، والدراية ج٢، الحديث ٧٢٦ ص١٢٥. (نعيم)

(٢) أي لم يفترض عليهما الجهاد.

(٣) أي من الجهاد.

(٤) دفع لما يقال: فينبغي أن لا يرضخ لهم.

(٥) قوله: "وتوهم عجزه [أي عن أداء بدل الكتابة]" يعني يحتمل أن يعجز المكاتب عن أداء بدل الكتابة، فيعود إلى الرق، وح كان للمولى ولاية المنع، فيمنع في الحال لوجود التوهم. (عناية)

(٦) يعني مع العسكر في دار الحرب. (ب)

(٧) أي الذي يدخل في دار الحرب للتجارة، فإنه إذا قاتل، يأخذ السهم، وإلا لا.

(٨) جمع جريح.

(٩) جمع مريض.

(١٠) قوله: "لأنها عاجزة عن حقيقة القتال" اعترض عليه بأنها لو كانت عاجزة عنها لما صح أمانها، وأجيب بأن الأمان صحته لا يتوقف على القدرة على حقيقة القتال، بل يثبت بشبهة القتال. (عناية)

(١١) أي المداواة والقيام على المرضى.

(١٢) يرتبط بقوله: لأنها عاجزة.

(١٣) قوله: "لأنه قادر على حقيقة القتال" حتى لم يرضخ له إذا لم يوجد منه القتال، بخلاف المرأة، فإن

يرضخ له إذا قاتل، أو دل على الطريق، ولم يقاتل؛ لأن فيه منفعة للمسلمين(١) إلا أنه يزاد على السهم(٢) في الدلالة إذا كانت فيه منفعة عظيمة، ولا يبلغ به السهمُ إذا قاتل؛ لأنه جهاد، والأول ليس من عمله(٣)، ولا يسوى بينه وبين المسلم في حكم الجهاد(٤).

وأما الخمس(٥): فيقسم على ثلاثة أسْهُم: سهم لليتامى، وسهم للمساكين، وسهم لابن السبيل يدخل فقراء ذوى القربى(٦) فيهم(٧)، ويقدَّمون، ولا يدفع إلى أغنياءهم(٨). وقال الشافعي لهم خمس الخمس يستوى فيه غنيهم و فقيرهم، ويقسم بينهم للذكر مثل حظِّ الأنثيين، ويكون لبني هاشم(٩) وبني المطلب دون غيرهم(١٠)؛ لقوله تعالى: ﴿ولذى

خدمتها لمرضى العسكر يقوم مقام القتال، وليس كذلك خدمة العبد مولاه. (ب)

(١) أي في قتاله، أو في دلالته على الطريق.

(٢) أي سهم المجاهدين.

(٣) قوله: "ليس من عمله" أي الدلالة ليست من عمل الجهاد، فكانت عملا كسائر الأعمال، فيبلغ أجره بالغًا ما بلغ. (عناية)

(٤) قوله: "في حكم الجهاد" والحاصل أنه لا يزاد على سهم الراجل إن كان راجلا، وسهم الفارس إن كان فارسًا. (ب)

(٥) قوله: "وأما الخمس" لما فرغ عن بيان أحكام أربعة أخماس، شرع في بيان حكم الخمس. (ب)

(٦) أي ذوى قربى رسول الله ﷺ.

(٧) قوله: "فيهم" أي في الأصناف الثلاثة، ومعنى هذا الكلام أن إيتاء ذوى القربى يدخلون في سهم اليتامى، ويقدمون عليهم أي فقراء ذوى القربى يقدمون على الأصناف الثلاثة، وسبب الاستحقاق في هذه الأصناف الثلاثة الاحتياج غير أن سببه مختلف في نفسه من اليتم والمسكنة، وكونه ابن السبيل ثم إنهم مصارف لا مستحقون حتى إذا صرف إلى صنف واحد منهم جاز عندنا، كما في الصدقات. (عناية)

(٨) أي أغنياء ذوى القربى.

(٩) قوله: "ويكون لبني هاشم" اعلم أن رسول الله هو محمد بن عبد الله بن عبد المطلب بن هاشم ابن عبد مناف، وكان له خمسة بنين: هاشم والمطلب ونوفل وعبد شمس وأبو عمر، ولم يعقب أبو عمر وعثمان رضي الله عنه من بني عبد شمس؛ لأنه ابن عفان بن أبي العاص بن أمية بن عبد مناف، وجبير هو من بني نوفل، فإنه ابن مطعم بن عدى بن نوفل. (ب)

(١٠) قوله: "دون غيرهم [من بني عبد شمس وبني نوفل. عناية]" نحن نوافق الشافعي على أن القرابة المرادة تخص ببني هاشم وبني المطلب، والخلاف في دخول الغني من ذوى القربى وعدمه. (ف)

القربى﴾ من غير فصلٍ بين الغنى والفقير.

ولنا: أن الخلفاء الأربعة الراشدين(١) قسموه(٢) على ثلاثة أسهم على نحو ما قلناه، وكفى بهم قدوةً، وقال عليه السّلام(٣): «يا معشر بنى هاشم إن الله تعالى كره لكم غسالة الناس وأوساخهم وعوّضكم منها بخمس الخمس(٤)»*. والعوض(٥) إنما يثبت(٦) فى حق من يثبت فى حقه المعوّض، وهم الفقراء(٧)، والنبى عليه السّلام أعطاهم للنصرة(٨).

---

(١) رواه أبو يوسف عن الكلبى عن أبى صالح عن أبى عباس. (ب)

(٢) قوله: "قسموه [ولم ينكر عليه أحد من الصحابة. ف]" الذى يجب أن يعول عليه أن الخلفاء الراشدين لم يعطوا ذوى القربى، فكان بيان المراد بيان أنهم مصارف حتى جاز الاقتصار على واحد منهم بأن يعطى تمام الخمس للمساكين، أو لليتامى، أو لابن السبيل، فجاز للراشدين أن يصرفوه إلى غيرهم خصوصاً، وقد رأوهم متمولين، ونقول مع ذلك: إن الفقير منهم مصرف، ينبغى أن يقدم على الفقراء، ويدفع قول الطحاوى: إنهم يحرمون؛ لأن فيه معنى الصدقة.

ويدل على بطلانه ما روى أنه عليه السلام صرفه فى حياته إليهم، فلو كان فيه معنى الصدقة لما فعل، لكن يشكل على أن مقتضاه كون الغنى من ذوى القربى أيضاً مصرفاً غير أن الخلفاء لم يعطوهم اختياراً لغيرهم فى المصرف، والمذهب خلافه؛ لأن الغنى لو كان مصرفاً صح الصرف إليه، وأجزأه، وليس كذلك عندنا. (ف)

(٣) غريب، وتقدم فى الزكاة. (ب)

(٤) قوله: "يا معشر بنى هاشم إلخ" أسند الطبرانى عن ابن عباس قال: بعث نوفل بن الحارث ابنيه إلى رسول الله ﷺ، فقال لهما: انطلقا إلى عمكما لعله يستعين بكما على الصدقات، فأتياه وأخبراه بحاجتهما، فقال: لا يحل لأهل البيت من الصدقات شىء إن لكم فى خمس الخمس ما يغنيكم ويكفيكم. (ف)

* راجع نصب الراية ج٣ ص٤٢٤، والدراية ج٢، الحديث ٧٢٦ ص١٢٦. (نعيم)

(٥) قوله: "والعوض" لفظ العوض وقع فى بعض عبارة التابعين، ثم كون العوض فى حق من يثبت له المعوض ممنوع، ثم هذا يقتضى أن المراد بقوله تعالى: ﴿ولذى القربى﴾ فقراء ذوى القربى، فيقتضى اعتقاد استحقاق فقرائهم، وكونهم مصارف مستمراً ينافى اعتقاد منع خلفاء الراشدين إياهم مطلقاً، كما هو ظاهر ما روى أنهم لم يعطوا ذوى القربى شيئاً من غير استثناء فقرائهم، وكذا ينافيه إعطاءه صلى الله عليه وعلى آله وسلم الأغنياء منهم، كما روى أنه أعطاه العباس، وكان له عشرون عبدا يتجرون.

وقول المصنف: أعطاهم للنصرة يدفع السؤال الثانى، لكنه يوجب المناقضة مع ما قبلها؛ لأن الحاصل حينئذ أن القرابة المستحقة هى التى نصرته، وذلك لا يخص الفقير منهم، ومن الأغنياء من تأخر عن رسول الله ﷺ كالعباس، فكان يجب على الخلفاء أن يعطوه. (فتح القدير)

(٦) قوله: "إنما يثبت" يعنى أن المعوض، وهو الزكاة لا يجوز دفعها إلى أغنيائهم، فكذلك يجب أن يكون عوض الزكاة، وهو خمس الغنائم لا يدفع إليهم؛ لأن العوض إنما يثبت فى حق من فات عنه المعوض، وإلا لا يكون عوضاً له. (عناية)

(٧) قوله: "الفقراء" فإن قيل: هذا الحديث إما أن يكون ثابتاً صحيحاً، أو لا، فإن كان الأول وجب أن يقسم الخمس على خمسة أسهم، وأنتم تقسمونه على ثلاثة أسهم، وإن كان الثانى فلا يصح الاستدلال به.

ألا ترى أنه عليه السّلام علّل[١]، فقال[٢]: إنهم لن يزالوا معى هكذا فى الجاهلية والإسلام*، وشبّك بين أصابعه دل على أن المراد من النص[٣] قرب النصرة، لا قرب القرابة.

قال: فأما ذكر الله تعالى فى الخمس[٤]، فإنه لافتتاح الكلام؛ تبركًا

أجيب بأن لهذا الحديث دلالتين: أحدهما: إثبات العوض فى المحل الذى فات عنه المعوض على ما ذكرناه. والثانية: جعله على خمسة أسهم، ولكن قام الدليل على انتفاء قسمته على خمسة أسهم، وهو فعل الخلفاء الراشدين، ولم يقم الدليل على تغيير العوض، فقلنا به، وهذا كما تمسك الخصم على تكرار الصلاة على الجنازة بما روى أن رسول الله ﷺ صلى على حمزة سبعين صلاة، وهو لا يقول: بالصلاة على الشهيد.

فإن قيل: لو صح ما ذكرتم بجميع مقدماته لما أعطاهم النبى صلى الله عليه وعلى آله وسلم، وقد ثبت أنه أعطى بنى هاشم والمطلب، فأجاب المصنف بقوله: والنبى عليه الصلاة والسلام أعطاهم للنصرة إلخ.

وقصة ما روى عن جبير بن مطعم أنه قال: "لما كان يوم خيبر وضع رسول الله ﷺ سهم ذوى القربى فى بنى هاشم وبنى المطلب وترك بنى نوفل وبنى عبد شمس، فانطلقت أنا وعثمان بن عفان إلى رسول الله ﷺ فقلنا: يا رسول الله! هؤلاء بنو هاشم لا ننكر فضلهم الذى وضعك الله فيهم، فما بال إخواننا بنى المطلب أعطيتهم وتركتنا وقرابتنا واحدة، فقال رسول الله ﷺ: «أنا وبنو المطلب لا نفترق فى جاهلية ولا إسلام وإنما نحن وهم كشىء واحد» وشبك بين أصابعه، وأشار إلى نصرتهم".

فدلّ ذلك على أن المراد بالنص قرب النصرة أى نصرة الاجتماع فى الشعب لا نصرة القتال، ولهذا يصرف إلى النساء والذرارى أيضًا، وإذا ثبت أنه أعطاهم للنصرة، وقد انتهت، انتهى الإعطاء أيضًا. (عناية)

(٨) دفع دخل مقدر.

(١) أخرجه أبود داود والنسائى.

(٢) قوله: "فقال: إنهم لن يزالوا معى إلخ" قلت: أخرجه أبو داود والنسائى وابن ماجه عن ابن إسحاق عن الزهرى عن سعيد بن المسيب عن جبير بن مطعم قال: "لما قسم رسول الله سهم ذوى القربى من خيبر بين بنى هاشم وبنى المطلب جئت أنا وعثمان، فقلنا: يا رسول الله! هؤلاء بنو هاشم لا ننكر فضلهم لمكانك منهم إخواننا من بنى المطلب أعطيتهم وتركتنا، وإنما نحن وهم منك بمنزلة واحدة، فقال: «إنهم لم يفارقوا فى جاهلية ولا إسلام وإنما بنو هاشم وبنو المطلب شىء واحد» ثم شبك بين أصابعه"، ذكره أبو داود فى الخراج والنسائى فى قسم الفىء، وابن ماجة فى الجهاد. (زيلعى)

* راجع نصب الراية ج٣ ص٤٢٥، والدراية ج٢، الحديث ٧٢٨ ص١٢٦. (نعيم)

(٣) أى قوله تعالى: ﴿ولذى القربى﴾. (عناية)

(٤) قوله: "فأما ذكر الله إلخ" هذا روى من قول ابن عباس، ومن قول الحسن بن محمد ابن الحنفية، فحديث ابن عباس رواه الطبرى فى تفسيره.

فقال: حدثنا أبو كريب حدثنا أحمد بن يونس حدثنا أبو شهاب عن ورقاء عن نهشل عن الضحاك عن ابن عباس أنه قرأ: ﴿واعلموا أنما غنمتم من شىء فإن لله خمسه﴾، ثم قال: ﴿فإنه لله خمسه﴾ مفتاح كلام الله وكان رسول الله ﷺ إذا بعث سرية، فغنموا خمس الغنيمة، فضرب ذلك الخمس فى خمسة.

باسمه، وسهم النبى عليه السّلام[١] سقط بموته[٢]، كما سقط الصفى[٣]؛ لأنه عليه السّلام كان يستحقه برسالته[٤]، ولا رسول بعده*.

والصفى شيء كان عليه السّلام يصطفيه لنفسه من الغنيمة مثل درع، أو سيفٍ، أو جارية. وقال الشافعي: يصرف سهم الرسول إلى الخليفة، والحجة عليه ما قدمناه[٥]، وسهم ذوى القربى[٦] كانوا يستحقونه فى

وحديث الحسن رواه الحاكم فى "المستدرك" فى كتاب قسم الفيء عن سفيان عن قيس بن مسلم قال: سألت الحسن بن محمد بن على عن قوله تعالى: ﴿واعلموا أنما غنمتم﴾ الآية، قال: هذا مفتاح كلام الله، وسكت، وكذلك رواه عبد الرزاق فى "مصنفه": حدثنا الثورى به.

وأما حديث الصفى: فرواه أبو داود فى "سننه": حدثنا محمد بن كثير حدثنا سفيان عن مطرف عن الشعبى قال: كان لرسول الله ﷺ سهم يدعى الصفى إن شاء عبداً، وإن شاء أمةً، وإن شاء فرساً يختاره قبل الخمس، وهذا مرسل. وأخرج أيضاً عن ابن عون قال: سألت محمدا يعنى ابن سيرين عن سهم النبى ﷺ والصفى، قال: كان يضرب له سهم مع المسلمين، وإن لم يشهدوا الصفى يؤخذ له رأس من الخمس قبل كل شيء، وهو أيضاً مرسل. وأخرج فى "مراسيله" أيضاً عن الحسن قال: "كانت الغنائم تجمع، فإذا اجتمعت كان للنبى عليه السلام منها سهم يسمى الصفى، جعله الله، ثم يقسمه السهام" الحديث.

وأخرج أيضاً فى "سننه" عن سعيد بن بشر عن قتادة قال: "كان رسول الله إذا غزا كان له سهم يأخذه من حيث شاء، فكانت صفية من ذلك السهم، وكان إذا لم يغزُ بنفسه، ضرب له بسهمه، ولم يخير".

وأخرج أيضاً عن سفيان عن هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة قال: "كانت صفية من الصفى"، ورواه الحاكم فى "المستدرك"، وقال: صحيح على شرط الشيخين، ولم يخرجاه. (ت)

قوله: "فأما ذكر الله" لما فرغ من بيان وجه سقوط سهم ذوى القربى بين وجه سقوط ما سوى الثلاثة المذكورة فى النص. (عناية)

(١) كذا رواه الطحاوى فى "شرح الآثار" عن حسن بن محمد بن على رضى الله عنه.

(٢) قوله: "سقط بموته" لأنه كان يستحق ذلك برسالته، ولا رسول بعده، والصفى شيء كان يصطفيه لنفسه من الغنيمة مثل درع، أو سيف، أو جارية قبل القسمة، كما اصطفى ذا الفقار، وهو سيف منبه ابن الحجاج، وكما اصطفى صفية، وذلك كله قبل أن يخرج الخمس. (فتح القدير)

(٣) بفتح الصاد وكسر الفاء وتشديد الياء. (بناية)

(٤) ولهذا لم يأخذ الخلفاء الراشدون. (ب)

* راجع نصب الراية ج٣ ص٤٢٦، والدراية ج٢، الحديث ٧٢٩ ص١٢٦. (نعيم)

(٥) قوله: "ما قدمناه" أى أن الخلفاء الراشدين قسموا الخمس على ثلاثة أقسام، فلو كان كما ذكر لقسموه على أربعة، ولم ينقل عنهم ذلك، ورفعوا سهمه، ولم ينقل ذلك، وأيضاً فهو حكم علق بمشتق، وهو الرسول، فيكون مبدأ الاشتقاق علة، وهو الرسالة. (ف)

(٦) قد تقدم ما يغنى عنه. (ف)

زمن النبي عليه السّلام بالنصرة؛ لما روينا[١]، قال[٢]: وبعده بالفقر.

قال العبد الضعيف عصمه الله: هذا الذي ذكره[٣] قولُ الكرخي، وقال الطحاوي: سهم الفقير منهم[٤] ساقط أيضًا؛ لما روينا من الإجماع[٥]، ولأن فيه معنى الصدقة؛ نظرًا إلى المصرف[٦]، فيحرم كما يحرم العُمالة[٧]. وجه الأول[٨] -وقيل: هو الأصح[٩]- ما روى[١٠] أن عمر أعطى الفقراء منهم، والإجماع انعقد على سقوط حق الأغنياء، أما فقراءهم يدخلون في الأصناف الثلاثة[١١]. وإذا دخل الواحد[١٢]، أو الاثنان دار الحرب مغِيْرين[١٣] بغير إذن الإمام، فأخذوا شيئًا لم يخمّس[١٤]؛

(١) من أنه عليه الصلاة والسلام أعطاهم للنصرة.

(٢) قوله: "قال" أي القدوري لا يقال: قوله: وسهم ذوي القربى إلخ وقع مكررًا؛ لأنا نقول ما ذكره أولا: كان في حيز الاستدلال، وهذا نقل لكلام صاحب "المختصر". (ع)

(٣) أي القدري.

(٤) أي ذوي قربى النبي عليه الصلاة والسلام.

(٥) قوله: "من الإجماع" أشار به إلى قوله: ولنا أن الخلفاء الراشدين إلخ ولا يظن بهم أنه خفي عليهم النص، ومنعوا حق ذوي القربى، فكان إجماعهم، وإلا على أنه لم يبقَ استحقاقهم لهم. (ع)

(٦) قوله: "نظرًا إلى المصرف" لأن الهاشمي الذي يصرف إليه فقيرا لو لم يكن فقيرا لا يجوز صرفه إليه بعد النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم باتفاق الرواة عن أصحابنا، فلما كان فيه معنى الصدقة حرم. (ع)

(٧) قوله: "كما يحرم العمالة [بضم اسم لما يعطى للعامل]" أي إذا كان العامل هاشميا. (ك)

(٨) مبتدأ.

(٩) قوله: "وقيل: هو الأصح" إنما قال: كذلك؛ لأن صاحب "المبسوط" اختار قول أبي بكر الرازي من أن الفقراء لم يكونوا مستحقين. (عناية)

(١٠) قوله: "ما روى [خبر] إلخ" قلت: أخرجه أبو داود في كتاب الخراج عن جبير بن معطم أن رسول الله ﷺ لم يقسم لبني عبد شمس، ولا لبني نوفل من الخمس شيئًا، كما قسم لبني هاشم وبني المطلب، وكان أبو بكر رضي الله عنه يقسم الخمس نحو تقسيمه غير أنه لم يكن يعطي قربى رسول الله ﷺ، كما كان يعطيه، وكان عمر يعطيهم. (ت)

(١١) أي اليتامى والمساكين وابن السبيل. (ب)

(١٢) الثلاثة كالواحد، وأما الأربعة فيخمس.

(١٣) اسم فاعل من الإغارة بمعنى غارت گرى كردن.

(١٤) قوله: "لم يخمس" فإن قلت: قوله تعالى: ﴿واعلموا أنما غنمتم من شيء فإن لله خمسه﴾ إلخ سواء

لأن الغنيمة هو المأخوذ[١] قهراً وغلبةً، لا اختلاساً وسرقةً. والخمس وظيفتها، ولو دخل الواحد أو الاثنان بإذن الإمام، ففيه روايتان[٢]، والمشهور أنه يخمس؛ لأنه لما أذن لهم الإمام، فقد التزم نصرتهم بالإمداد، فصار كالمَنَعَة. فإن دخلت[٣] جماعة لها مَنَعَةٌ، فأخذوا شيئاً خمّس، وإن لم يأذن لهم الإمام؛ لأنه مأخوذ قهراً وغلبةً، فكان[٤] غنيمة، ولأنه يجب على الإمام أن ينصرهم؛ إذ لو خذلهم[٥] كان فيه وَهْن المسلمين[٦]، بخلاف الواحد والاثنين؛ لأنه لا يجب عليه نصرتهم.

فصل في التنفيل[٧]

قال[٨]: ولا بأس[٩] بأن ينفّل الإمام في حال القتال[١٠]، ويحرّض

وجد الإذن أو لم يوجد. أجيب بأن الغنيم اسم لما هو المأخوذ قهراً، أو غلبة، لا ما أخذه اللص سرقة، وما أخذه الواحد والاثنان اختلاساً، فلا يدخل تحت الغنيمة. (ع)

(١) وما أخذه الواحد والاثنان بغير إذن الإمام ليس كذلك.

(٢) قوله: "ففيه روايتان" وجه الرواية الأخرى أنه لا منعة لهم، فلا يكون المأخوذ قهراً وغلبةً، ولأن العدد اليسير إنما يدخلون لاكتساب المال، لا لإعزاز الدين كتجار العسكر. (ك)

(٣) هذا لفظ القدوري.

(٤) أي ما أخذوه.

(٥) أي ترك عونهم. (ب)

(٦) قوله: "كان فيه وهن المسلمين [أي ضعفهم]" الوهن بسكون الهاء وفتح الواو مصدر وهن يهن من باب ضرب يضرب، وبالفتح مصدر من باب علم يعلم. (ب)

(٧) قوله: "فصل في التنفيل" هو نوع من القسمة، فألحقه بها، وقدم تلك القسمة؛ لأنها بضابط، وهذه بلا ضابط؛ لأنه إلى رأي الإمام بأن ينفل قليلاً، أو كثيراً.

والتنفيل: إعطاء الإمام الفارس فوق سهمه، وهو من النفل، وهو الزائد، ومنه النافلة للزائد على الفرض، ويقال: لولد الولد أيضاً، ويقال: نفله وتنفيلا، ونفله بالتخفيف لغتان فصيحتان. (ف)

(٨) أي القدوري.

(٩) قوله: "ولا بأس" أي يستحب أن ينفل نص عليه في "المبسوط"، وسيذكر المصنف أنه تحريض، وهو مندوب إليه، وبه يتأكد أن قول من قال: لفظ لا بأس إنما يقال لما تركه أولى: ليس على عمومه.

ثم اعلم أن التحريض واجب للنص المذكور لكنه لا ينحصر في التنفيل، بل يكون لغيره أيضاً من الموعظة الحسنة والترغيب، كذا حققه ابن الهمام في "فتح القدير". وبه يظهر سخافة ما ذكره العيني تبعاً لصاحب "العناية" من أن أمر حرض مصروف من الوجوب إلى الاستحباب لمعارضة دليل قسمة الغنائم.

على القتال، فيقول: من قتل قتيلا[١]، فله سَلَبه، ويقول للسرية: قد جعلتُ لكم الربع بعد الخمس، معناه بعد ما رفع الخمس[٢]؛ لأن التحريض مندوب إليه[٣]، قال الله تعالى: ﴿يا أيها النبى حرّض[٤] المؤمنين على القتال﴾، وهذا[٥] نوع تحريض، ثم قد يكون التنفيل بما ذكر[٦]، وقد يكون بغيره[٧]. إلا أنه[٨] لا ينبغى للإمام أن ينفل بكل المأخوذ؛ لأن فيه إبطال حق الكل[٩]، فإن فعله مع السريّة جاز؛ لأن التصرف إليه، وقد تكون المصلحة فيه[١٠]، ولا ينفل[١١] بعد إحراز الغنيمة بدار الإسلام؛ لأن

وجه السخافة أنه ليس المراد بأمر التحريض خصوص التحريض بالتنفيل حتى يحتاج إلى صرفه من الوجوب، بل المراد به مطلق التحريض، وهو واجب البتة، فلا حاجة إلى الصرف المذكور.

وأعجب منه ما فى "الكفاية" من أن فى تحريض المسلم بالتنفيل تحريض بعوض الغزاة، وتوهين للمسلم، وتوهين المسلم حرام، فلذا لم يكن التنفيل واجبًا. وجه العجب أن ما ذكره يدل على حرمة التنفيل، لا على عدم الوجوب، فافهم، فإن المقام مما تزلزلت فيه الأقدام. (مولوى محمد عبد الحى نور الله مرقده)

(١٠) قوله: "فى حال القتال" إنما قيد به؛ لأن التنفيل إنما يجوز عندنا قبل الإصابة سواء كان بسلب المقتول، أو غيره لا بعده، ويشكل عليه قوله عليه السّلام: «من قتل قتيلا فله سلبه»، فإنه كان بعد فراغ الحرب فى حنين. (ف)

(١) هذا من باب تسمية الشيء باعتبار ما يؤول إليه.

(٢) قوله: "معناه بعد ما رفع الخمس" محل التنفيل أربعة أخماس قبل الإحراز بدار الإسلام، وأما بعده لا يصح من الخمس، وبه قال أحمد، وقال مالك والشافعي: لا يصح إلا من الخمس. (ف)

(٣) قوله: "لأن التحريض مندوب إليه" أقول: قد عرفتك أن نفس التحريض واجب بظاهر الأمر، والتنفيل بخصوصه لكونه نوعًا منه مندوب إليه، فالمراد بالتحريض التحريض الخاص، وهو التنفيل.

وتقريره: أن التحريض الذى نحن بصدده مندوب إليه؛ لأن الله تعالى قال: ﴿يا أيها النبى حرض المؤمنين على القتال﴾، فأفاد فرضية مطلق التحريض، وهذا أى التنفيل نوع منه، فيكون مندوبًا إليه، وليس المراد بالتحريض مطلقه، كما يتوهم من ظاهره، وإلا لم يبقَ ربط فى الكلام. (عبد)

(٤) أمر من التحريض.

(٥) أى التنفيل.

(٦) أى القدورى، وهو التنفيل بالربع بعد الخمس، أو التنفيل بالسلب. (ب)

(٧) أى الذهب والفضة.

(٨) أى الشأن.

(٩) أى كل الغزاة. (ب)

(١٠) قوله: "وقد تكون المصلحة فيه" أى فى تنفيله كذلك، وذكر فى "السير الكبير" إذا قال الإمام

حق الغير قد تأكد فيه بالإحراز[١].

قال[٢]: إلا من الخمس؛ لأنه لا حق للغانمين في الخمس[٣]، وإذا لم يجعل السلب للقاتل، فهو من جملة الغنيمة[٤]، والقاتل وغيره في ذلك سواء. وقال الشافعي: السلب للقاتل إذا كان من أهل أن يسهم له[٥]، وقد قتله مقبلا[٦]؛ لقوله عليه السّلام[٧]: «من قتل قتيلا فله سلبه»*، والظاهر[٨] أنه نصب شرع[٩]؛ لأنه بُعثَ له[١٠]، ولأن القاتل مقبلا[١١] أكثر غناء، فيختص[١٢] بسلبه؛ إظهاراً للتفاوت بينه وبين غيره[١٣].

لعسكره: جميع ما أصبتم فلكم نفلا بالسوية لا يجوز؛ لأن المقصود منه التحريض، وإنما يحصل ذلك إذا خص البعض بالتنفيل، وكذلك إذا قال: ما أصبتم فلكم. (ب)

(١١) هذا قول القدوري. (ب)

(١) فلا يجوز للإمام أن يقطعه.

(٢) أي القدوري.

(٣) قوله: "لأنه لا حق للغانمين في الخمس" فإن قيل: إن لم يكن فيه إبطال حق الغانمين، ففيه إبطال حق الأصناف الثلاثة الباقية، أجيب بأن جوازه باعتبار أن المنفل له جعل واحداً من الأصناف الثلاثة، فلم يكن فيه إبطال حقهم. (ب)

(٤) وبه قال مالك. (ن)

(٥)قوله: "إذا كان من أهل أن يسهم له" وبه قال أحمد، إلا أنه قال: أو من يرضخ له. (ف)

(٦) قوله: "وقد قتله [الواو حالية]" كتب شيخي العلاء بيده حال من المفعول أي حال كون الكافر مقبلا، لا حال كونه مدبراً بالهزيمة، وكذا قال تاج الشريعة في شرحه "الكفاية": قوله: مقبلا حال من المفعول؛ لأن الشرط عنده أي عند الشافعي كون القتيل مقبلا حتى لو قتل منهزماً، أو نائما، أو مشغولا بشيء لم يستحق السلب. (ب)

(٧) قلت: أخرجه الجماعة إلا النسائي.

* راجع نصب الراية ج٣ ص٤٢٨، والدراية ج٢، الحديث ٧٣٠ ص١٢٧. (نعيم)

(٨) قوله: "والظاهر [أي هذا الحديث]" لا خلاف في أنه عليه الصلاة والسلام قاله: إنما الكلام في أن هذا منه نصب شرع في عموم الأوقات والأحوال، أو كان تحريضاً بالتنفيل، فعنده هو نصب للشرع؛ لأنه عليه الصلاة والسلام بعث له، وقلنا: كونه تنفيلا أيضاً من نصب الشرع. (ف)

(٩) أي رسول الله عليه الصلاة والسلام.

(١٠) أي لنصب الشرع.

(١١) قوله: "مقبلا [أي كافراً مقبلا]" قد شرح الإنزاري هذا الموضع بناءً على أن قوله: مقبلا حال من القاتل، وقد ذكرنا أنه سهو منه، فالمبنى أيضاً سهو. (ب)

ولنا: أنه مأخوذ بقوة الجيش، فيكون غنيمة(١)، فيقسم قسمة الغنائم، كما نطق به النص(٢)، وقال عليه السّلام لحبيب بن أبي سلمة(٣): «ليس لك من سلب قتيلك إلا ما طابت به نفس إمامك(٤)»*، وما رواه(٥)

---

(١٢) أي القاتل للمقبل.

(١٣) قوله: "بينه وبين غيره" أي بين قاتل الكافر المقبل، وبين قاتل الكافر المدبر. (ب)

(١) لأنها اسم لما يؤخذ قهراً.

(٢) وهو قوله تعالى: ﴿واعلموا أنما غنمتم﴾ الآية.

(٣) قوله: "وقال عليه السّلام إلخ" في هذا الموضع نظر من وجوه عديدة: منها: يرجع إلى كلام المصنف الأوّل، أنه ذكر حبيب بن أبي سلمة، وليس في الصحابة إلا حبيب بن مسلمة.

قال أبو عمر بن عبد البر في باب الحاء المهملة: حبيب بن مسلمة بن مالك الأكبر وهب بن ثعلبة بن واثلة ابن عمرو بن شيبان بن محارب بن فهر بن مالك القرشي الفهري يكنى أبا عبد الرحمان يقال له: حبيب الروم لكثرة دخوله إليهم، وولاه عمر بن الخطاب أعمال الجزيرة، إذ عزل عنها عياض بن غنم، وضم إليه أرمينيا وآذربيجان، ومات بأرمينيا سنة اثنين وأربعين.

والثاني: أن الحديث الذي احتج به لأصحابنا ضعيف.

والثالث: أن هذا الحديث ليس لحبيب فإنه ما سمعه من رسول الله ﷺ، وإنما هو لمعاذ بن جبل سمعه من النبي عليه الصلاة والسلام، ورد به على حبيب حين أراد أن يأخذ السلب الذي أخذه.

والنظر الرابع: يرجع إلى الشراح، فإنهم كلهم سكتوا عن التحرير في هذا الموضع، ورضوا فيه بما لا يرضى به من له أدنى كلام في الحديث، وجعلوا هذا حجة على الشافعي، وكيف يكون حجة عليه، وفيه ما ذكرنا. وقال الإنزاري مستدلا لأصحابنا: روى في "السنن"، و "شرح الآثار" مسنداً إلى عكرمة عن ابن عباس قال: لما كان يوم بدر قال رسول الله ﷺ "من فعل كذا، فله كذا، فذهب شبان الرجال، وجلست الشيوخ تحت الرايات، فلما كانت الغنيمة جاءت الشبان يطلبون، فقالت الشيوخ: لا تستأثروا علينا، فإنا كنا تحت الرايات، فأنزل الله تعالى: ﴿يسألونك عن الأنفال﴾، فقرأ حتى بلغ: ﴿كما أخرجك ربك من بيتك بالحق وإن فريقا من المؤمنين لكارهون﴾ أطيعوني في هذا الأمر كما رأيتم عاقبة أمري حيث خرجتم وأنتم كارهون، فقسم بينهم على السواء، ففي هذا الحديث دليل على أن السلب لا يكون للقاتل، لأنه لو كان له لأعطاه النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم له خاصة دون غيره –انتهى-. واعترض عليه البيهقي بأنه لا حجة لهم فيه، فإن غنيمة بدر كانت للنبي عليه السلام بنص الكتاب، فيعطي منها ما شاء، وقد قسم بجماعة لم يشهدوا، ثم قضى عليه الصلاة والسّلام بالسلب للقاتل، واستقر الأمر على ذلك، انتهى. (بناية)

(٤) قوله: "ليس لك إلخ" ظاهر قول صاحب "الهداية": إن هذا قول النبي عليه الصلاة والسلام لحبيب، وليس كذلك، فإنه قول معاذ نقله عن رسول الله ﷺ ورد به قول حبيب، وقد أخرج إسحاق بن راهويه في "مسنده": عن جنادة ابن أبي أمية قال: كنا معسكرين، فذكر لابن مسلمة أن صاحب قبرص، خرج بتجارة بطريق أرمينيا، فخرج عليه، فقتلوه، وجاء بماله يحمله على خمسة بغال من الديباج والياقوت والزمرد وغيره، وأراد أن يأخذ كله، وأبو عبيدة رضي الله عنه يقول: بعضه، فقال حبيب له: قد قال رسول الله ﷺ: «من قتل قتيلا فله سلبه»، فقال أبو عبيدة: لم يكن ذلك للأبد، وسمع ذلك معاذ بن جبل، فأتى أبو عبيدة وحبيب

يحتمل نصب الشرع، ويحتمل التنفيل[١]، فنحمله على الثانى[٢]؛ لما رويناه[٣]، وزيادة الغناء[٤] لا يعتبر فى جنس واحد، كما ذكرناه[٥].

والسَلَب[٦] ما على المقتول من ثيابه، وسلاحه، ومركبه، وكذا ما كان على مركبه من السَّرج والآلة[٧]، وكذا ما معه على الدابة من ماله فى حَقيبته[٨]، أو على وسطه، وما عدا ذلك[٩]، فليس بسلب، وما كان مع غلامه على دابة أخرى، فليس بسلبه[١٠]، ثم حكم التنفيل قطع حق الباقين. فأما الملك فإنما يثبت بعد الإحراز بدار الإسلام؛ لما مر من قبل[١١]

يخاصمه، فقال معاذ له: ألا تتقى الله، وتأخذ ما طابت به نفس إمامك، فإنما لك ما طابت به نفس إمامك، وحدثهم معاذ مرفوعًا، فاجتمع رأيهم على ذلك، فأعطوه بعد الخمس، فبلغه ألف دينار.

وهذه الروايات صريحة فى أن ما ذكره المصنف، إنما هو قول معاذ: نعم، أصله مأخوذ من قول رسول الله ﷺ هذا. وقد يعترض على المصنف أيضاً بأن هذا الحديث ضعيف، كما ذكره البيهقى وغيره، فلا احتجاج فيه لأصحابنا، كذا أورده العينى. وأشار ابن الهمام فى "فتح القدير" إلى دفعه بأنه ليس الغرض إثبات المذهب به حتى يضر ضعفه، بل إنما نستأنس به لأحد محتملى قول رسول الله ﷺ: «من قتل قتيلا فله سلبه»، فإنه يحتمل نصب الشرع، ويحتمل التنفيل، فأيدنا الاحتمال الثانى بهذا الحديث، وإن كان ضعيفًا، وفى المقام تفصيل إن شئت الاطلاع عليه، فارجع إلى "البناية". (مولوى محمد عبد الحى نور الله مرقده)

* راجع نصب الراية ج٣ ص٤٣٠، والدراية ج٢، الحديث ٧٣١ ص١٢٨. (نعيم)

(٥) يعنى «من قتل قتيلا فله سلبه». (ك)

(١) قوله: "ويحتمل التنفيل" هذا هو الظاهر؛ لأنه إنما يكون نصب الشرع أن لو قاله بمسجد المدينة، ولم ينقل أنه قاله هناك إلا يوم بدر عند الحاجة إلى التحريض، وكذلك يوم حنين حين كانوا منهزمين، وكما قال: ذلك يوم بدر كذلك، قال: من أخذ أسيراً فله، ثم كان ذلك للتنفيل، فكذا هذا، كذا فى "المبسوط". (كفاية)

(٢) أى التنفيل. (عناية)

(٣) من حديث حبيب. (ع)

(٤) قوله: "وزيادة إلخ" جواب عن قوله: لأن القاتل مقبلا أكثر غناء. (عناية)

(٥) قوله: "كما ذكرناه" إشارة إلى قوله: فى فصل كيفية القسمة؛ لأن الكر والفر من جنس واحد. (ب)

(٦) بفتحتين. (غث)

(٧) أى آلة السرج نحو لجامه وغيره. (ب)

(٨) تنگ پالان شتر. (غث)

(٩) نحو الهميان. (ب)

(١٠) بل هو غنيمة.

(١١) قوله: "لما مر من قبل" أى فى باب الغنائم من قبل من قوله: لأن الاستيلاء إثبات اليد الحافظة والناقلة إلخ. (ف)

حتى لو قال الإمام: من أصاب جاريةً، فهى له، فأصابها مسلم، واستبرأها لم يحل له وطئها، وكذا لا يبيعها، وهذا عند أبى حنيفة وأبى يوسف[١].

وقال محمد[٢]: له أن يطأها[٣] ويبيعها؛ لأن التنفيل يثبت به الملك عنده، كما يثبت بالقسمة فى دار الحرب[٤]، وبالشراء من الحربى، ووجوب الضمان بالإتلاف[٥] قد قيل على هذا الاختلاف.

باب استيلاء الكفار[٦]

وإذا غلب الترك[٧] على الروم[٨]، فسبوهم[٩] وأخذوا أموالهم ملكوها؛ لأن الاستيلاء[١٠] قد تحقق فى مال مباح، وهو السبب على ما نبينه[١١]، إن شاء الله تعالى، فإن غَلَبْنَا على الترك حل لنا ما نجده من

---

(١) قوله: "وهذا عند أبى حنيفة إلخ" هكذا ذكر الخلاف فى "الزيادات"، واعتمد عليه صاحب "الأسرار"، ولم يذكر الخلاف فى "السير الصغير"، واعتمد عليه الحاكم الشهيد فى "الكافى". (ب)

(٢) وهو قول الأئمة الثلاثة.

(٣) قوله: "أن يطأها" لأنه اختص بملكها بتنفيل الإمام، فصار كالمختص بالشراء فى دار الحرب، ولهما أن سبب الملك فى النفل ليس إلا القهر، كما فى الغنيمة، فلا يتم إلا بالإحراز بدار الإسلام، بخلاف المشتراة؛ لأن سبب الملك العقد بالتراضى، لا القهر، وقد تم. (ف)

(٤) قوله: "كما يثبت بالقسمة فى دار الحرب" هذا ليس بمتفق عليه؛ لأن من أصحابنا من يقول: بأن قسمة الإمام لا تعدم المانع من تمام القهر، وكأنه لم يعتبر ذلك الاختلاف لعدم شهرته. (ع)

(٥) قوله: "ووجوب الضمان [مبتدأ خبره قوله: قد قيل، وفى بعض النسخ: وقد قيل. به] إلخ" جواب شبهة ترد على قولهما: إن محمداً ذكر فى "الزيادات" أن المتلف لسلب نفله الإمام لرجل يضمن، ولم يذكر فيه الخلاف، فورد عليهما أن الضمان دليل تمام الملك، فينبغى أن يحل الوطئ عندهما أيضاً. (ف)

(٦) قوله: "باب استيلاء الكفار [أى هذا الباب فى بيان غلبة الكفار]" لما ذكر حكم استيلاءنا عليهم، شرع فى بيان حكم استيلاء بعضهم على بعض، وحكم استيلاءهم علينا، وتقدم الأول على الثانى ظاهر. (ف)

(٧) جمع تركى. (ع)

(٨) جمع رومى. (ع)

(٩) اسير كردند كفار ترك كفار روم را.

(١٠) كالاستيلاء على الحطب والكلأ.

(١١) أى عند قوله: وإذا غلبوا على أموالنا.

ذلك[١]؛ اعتباراً بسائر أملاكهم[٢]، وإذا غلبوا على أموالنا -والعياذ بالله- وأحرزوها بدارهم ملكوها. وقال الشافعي[٣]: لا يملكونها؛ لأن الاستيلاء محظور ابتداءً[٤] وانتهاءً[٥]، والمحظور لا ينتهض[٦] سبباً للملك على ما عرف من قاعدة الخصم[٧]. ولنا: أن الاستيلاء ورد على مالٍ مباحٍ[٨]، فينعقد سبباً للملك؛ دفعاً لحاجة المكلف كاستيلاءنا على أموالهم، وهذا[٩] لأن العصمة تثبت على منافاة الدليل[١٠] ضرورةً تمكّن المالك من الانتفاء،

(١) أي ما أخذوه من الروم.

(٢) لأنهم لما ملكوه صارت كأموالهم الأصلية. (ك)

(٣) وبه قال أحمد ومالك. (ف)

(٤) أي في دار الإسلام.

(٥) أي في دار الحرب بعد الإحراز.

(٦) أي لا يقوم ولا يكون سبباً له.

(٧) قوله: "على ما عرف من قاعدة الخصم" أي في علم الأصول، وهو أن الممنوع شرعاً لا يفيد الملك؛ لأنه نعمة، وهي لا تنال بالمحظور، ولهذا لا يجوز الترخص للمسافر بسفر المعصية، ولا تثبت المصاهرة بالزنا؛ لأن الترخص، وحرمة المصاهرة من نعم الله علينا، فلا تثبتان بأمر محظور، وكذلك فيما نحن فيه استيلاء الكفار علينا ممنوع؛ بناءً على أنهم مخاطبون بالحرمات إجماعاً، فكيف يكون سبباً للملك، فصار كاستيلاء المسلم على المسلم. ولنا قوله تعالى: ﴿للفقراء المهاجرين الذين أخرجوا من ديارهم وأموالهم﴾ الآية، فسمى الله تعالى المهاجرين فقراء مع كونهم ذوي يسر في مكة، وإنما ذلك باستيلاء الكفار عليهم، وعلى أموالهم، فعلم أن استيلاءهم دليل للملك. وأخرج الدارقطني عن ابن عمر مرفوعاً: «من وجد ماله في الفيء قبل أن يقسم فهو له وما قسم فلا حق له إلا بالقيمة»، وفي الباب أحاديث كثيرة. فإن قلت: روى الطحاوي عن عمران بن حصين أن المشركين أغاروا على المدينة، فذهبوا بناقة رسول الله ﷺ وأسروا امرأة الراعي، وكانوا إذا نزلوا منزلاً يريحون أهلهم في أفنيتهم، فلما كانت ذات ليلة قامت المرأة، وركبت على تلك الناقة، وتوجهت إلى المدينة، فأخذ رسول الله ﷺ ناقته، فهذه الرواية تدل على أن استيلاء الكفار لا يفيد الملك، وإلا لما أخذ الناقة.

قلت: هذا كان قبل إحرازهم بدار الحرب في الطريق، والكلام ههنا في ما بعد الإحراز، كذا في "فتح القدير". (مولوي عبد الحي نور الله مرقده)

(٨) قوله: "ولنا أن الاستيلاء ورد على مال مباح" لأن الاستيلاء عبارة عن الاقتدار على محل مطلقاً على وجه يتمكن من الانتفاع في الحال، والاقتداء على هذه الصفة لا يكون إلا بعد الإحراز، ثم بعد إحرازهم ارتفعت العصمة، فورد الاستيلاء حينئذٍ على مال مباح، لا على مال محظور. فإن قلت: لا نسلم أن المال مباح بأصل الخلقة، قلت: هو مباح؛ لقوله تعالى: ﴿خلق لكم ما في الأرض جميعاً﴾. (ب)

(٩) إشارة إلى أن الاستيلاء ورد على مال مباح. (عناية)

(١٠) وهو قوله تعالى: ﴿خلق لكم ما في الأرض جميعاً﴾.

فإذا زالت[١] المُكْنة[٢]، عاد مباحًا كما كان غير أن الاستيلاء لا يتحقق إلا بالإحراز بالدار؛ لأنه[٣] عبارة عن الاقتدار[٤] على المحل حالا ومآلا[٥]، والمحظور لغيره[٦] إذا صلح سببًا لكرامةٍ تفوق الملك، وهو الثوابُ الآجل، فما ظنُّك بالملك العاجل.

فإن ظهر عليها المسلمون، فوجدها المالكون قبل القسمة، فهي لهم بغير شيء[٧]، وإن وجدوها بعد القسمة أخذوها بالقيمة[٨] إن أحبوا؛ لقوله عليه السّلام فيه[٩]: «إن وجدته قبل القسمة فهو لك بغير شيء وإن وجدتَه بعْد القسمة فهو لكَ بالقيمة»[١٠]*، ولأن المالك القديم زال[١١]

(١) باستيلاء الكفار.

(٢) بالضم بمعنى القدرة. (غث)

(٣) أي الاستيلاء.

(٤) أي القدرة على الانتفاع في الحال، وفي المآل.

(٥) قوله: "حالا ومآلا" والكفار ما داموا في دار الإسلام اقتدروا على المحل حالا، وإنما يقتدرون عليه مآلا بالإحراز؛ لأنهم ما داموا في دارنا، فهم مقهورون بالدار، والاسترداد بالنصرة محتمل. (عناية)

(٦) قوله: "والمحظور لغيره" جواب عن قول الخصم: إن الاستيلاء محظور إلخ، تقريره أن يقال: سلمنا أنه محظور لكنه محظور لغيره مباح في نفسه، فإن المال مباح لنفسه. وإنما الحظر لحق الغير، وهو المالك، والمحظور لغيره يعني لا بعينه، إذا صلح سببًا لكرامة تفوق الملك كالصلاة في الأرض المغصوبة، فإنها تصلح سببًا لاستحقاق أعلى النعم، وهو الثواب في الآخرة، فلا يصلح سببًا للملك في الدنيا أولى.

وفي "الكافي" قول صاحب "الهداية": المحظور لغيره، إلخ مشكل؛ لأن العصمة لا تخلو إما إن زالت بالإحراز بدراهم، أو لا، فإن زالت لا يكون الاستيلاء محظورًا؛ لأنه على مال مباح، وإن لم تزل لم تصر ملكًا له، كما إذا غلبنا على أموال أهل البغي، وأحرزنا بدارنا لا نملكها، إلا أن يقال: العصمة المؤثمة باقية؛ لأنها بالإسلام، وإن زالت المقومة؛ لأنها بالدار. (ب)

(٧) قوله: "بغير شيء [يعني يأخذونها مجانًا. ب]" فإن قلت: هذا يقتضي قيام ملكه، أجيب بالمنع، فإن الواهب له أن يأخذ الموهوب له بعد زوال ملكه عنه شرعًا. (ف)

(٨) أي إن شاءوا أخذوا.

(٩) أي في هذا الحكم. (ب)

(١٠) قلت: أخرجه البيهقي والدارقطني. (ب)

* راجع نصب الراية ج٣ ص٤٣٤، والدراية ج٢، الحديث ٧٣٣ ص١٢٩. (نعيم)

(١١) باستيلاء الكفار.

ملكه بغير رضاه، فكان له حق الأخذ[١] نظرًا له إلا أن فى الأخذ[٢] بعد القسمة ضررًا بالمأخوذ منه بإزالة ملكه الخاص، فيأخذه بالقيمة؛ ليَعتدل النظر من الجانبين[٣]، والشركةُ قبل القسمة عامة[٤]، فيقل الضرر، فيأخذه بغير قيمة. وإن دخل دار الحرب تاجرٌ، فاشترى ذلك[٥]، وأخرجه إلى دار الإسلام، فمالكه الأول بالخيار إن شاء أخذه بالثمن الذى اشتراه، وإن شاء تركه؛ لأنه يتضرر بالأخذ مجانًا[٦]، ألا ترى أنه قد دفع العوض بمقابلته[٧]، فكان اعتدالُ النظر فيما قلناه[٨]. ولو اشتراه بعرضٍ يأخذ بقيمة العرض[٩]، ولو وهبوه[١٠] لمسلم يأخذه بقيمته؛ لأنه ثبت له ملكٌ خاص[١١]، فلا يَزال إلا بالقيمة، ولو كان[١٢] مغنومًا[١٣]، وهو مثلى يأخذه قبل القسمة[١٤]، ولا يأخذه بعدها؛ لأن الأخذ بالمثل غير مفيد[١٥]، وكذا إذا

(١) أى شفقة.

(٢) دفع لما يقال: لو كان كذلك لجاز أخذه بعد القسمة أيضًا مجانًا لعدم رضاه.

(٣) أى جانب المالك القديم، وجانب المالك الجديد.

(٤) قوله: "عامة" الدليل عليه أن واحدًا من الغانمين لو استولد جارية من المغنم لم يثبت النسب؛ لعدم الملك لعموم الشركة، بخلاف ما بعد القسمة حيث يأخذه بالقيمة. (ب)

(٥) أى الذى استولى عليه الحربى. (ب)

(٦) بالفتح وتشديد جيم مفت ورايگان.

(٧) أى بمقابلة ذلك المال.

(٨) وهو أنه يأخذه بالقيمة إن شاء، وإلا تركه.

(٩) قوله: "يأخذ بقيمة العرض [أى بمقابلة متاع]" ولو ترك أخذه بعد العلم بشراءه، وإخراجه من دار الحرب زمانا طويلا، له أن يأخذه بعد ذلك فى ظاهر الرواية، وفى رواية ابن سماعة عن محمد ليس له كالشفيع إذا لم يطلب الشفعة بعد علمه بالبيع، والظاهر هو الأول. (ف)

(١٠) أى وهب أهل الحرب ذلك المال.

(١١) الموهوب له.

(١٢) قوله: "ولو كان" أى ما أخذه الكفار من المسلمين مغنومًا أى مأخوذًا بالقهر والغلبة، وهو مثلى أى والحال أنه مثلى كالذهب والفضة والحنطة والشعير يأخذه أى صاحبه، وهو للمالك القديم. (ب)

(١٣) أى غنمه المسلمون. (ف)

(١٤) أى مجانًا. (ب)

كان موهوبًا لا يأخذه؛ لما بينا، وكذا[١] إذا كان مشترًى بمثله قدرًا ووصفًا.

قال[٢]: فإن أسروا[٣] عبدا، فاشتراه رجلٌ، وأخرجه إلى دار الإسلام، فَفُقِئَتْ[٤] عينه، وأخذ[٥] أرشها[٦]، فإن المولى[٧] يأخذه بالثمن الذى أخذ به من العدو، وأما الأخذ بالثمن، فلما قلنا[٨].

ولا يأخذ الأرْشَ[٩]؛ لأن الملك فيه[١٠] صحيح[١١]، فلو أخذه، أخذه بمثله[١٢]، وهو لا يفيد، ولا يُحطّ شيءٌ من الثمن[١٣]؛ لأن الأوصاف لا يقابلها شيء من الثمن[١٤]، بخلاف الشفعة؛ لأن الصفقة لما تحولت إلى

---

(١٥) إذ لا فائدة فى تبديل المثل.

(١) قوله: "وكذا إذا كان مشترى [إشارة إلى قوله: غير مفيد. ع]" أى كذا لا يأخذه المالك القديم أيضاً إذا كان ما أخذه الكفار منا، وأحرزوا بدارهم مشترى لمثله قدراً ووصفاً؛ لأنه لا فائدة فى أن يعطى عشرة مثاقيل جياد، ويأخذ عشرة مثاقيل جياد. وإنما قال: قدراً ووصفاً احترازاً عما لو اشتراه المسلم بأقل قدر من ماله، أو الجنس آخر، وهو أردأ وصفاً منه، فإن له أن يأخذ بمثل المشترى، ولا يكون ذلك ربا؛ لأنه إنما يستخلص ملكه القديم، لا أنه يشتريه ابتداء. (ب)

(٢) أي محمد. (ب)

(٣) أي الكفار.

(٤) كور ساخته شد.

(٥) أي المشترى.

(٦) ديت.

(٧) أى المولى القديم.

(٨) أى قوله: لأنه يتضرر بالأخذ مجانًا.

(٩) مجانًا.

(١٠) قوله: "لأن الملك فيه صحيح" احتراز عن المشترى المسلم شراء فاسدًا، فإن الأوصاف هناك مضمونة. (ك)

(١١) قوله: "صحيح" فإن الأرش حاصل فى ملكه، وليس إعادة إلى قديم ملكه حتى يكون المولى أحق به كالرقبة. (ع)

(١٢) لأن الأرش دراهم أو دنانير. (ب)

(١٣) أى بسبب فقء العين. (ب)

(١٤) قوله: "لا يقابلها شيء من الثمن" لأنه تابع، وبفواته لا يسقط شيء من الثمن، ولهذا لو ظهر فى المبيع وصف مرغوب فيه، وقد نفياه عند العقد لم يكن للبائع أن يطلب شيئًا. واستشكل ههنا بأن الوصف إنما لا يقابله شيء من الثمن إذا لم يصر مقصوداً بالتناول، وإن صار فله حظ منه، كما لو اشترى عبداً، ففقئت

الشفيع صار المشترى فى يد المشترى بمنزلة المشترى شراء فاسداً، والأوصافُ تضمن فيه كما فى الغصب[١]، أما ههنا الملك صحيح فافترقا.

وإن أسَروا عبداً، فاشتراه رجلٌ بألف درهم، فأسروه ثانية[٢]، وأدخلوه دار الحرب، فاشتراه رجل آخر بألف درهم، فليس للمولى الأول أن يأخذه من الثانى[٣] بالثمن؛ لأن الأسر ما ورد على ملكه.

وللمشترى الأول أن يأخذ من الثانى بالثمن[٤]؛ لأن الأسْرَ ورد على ملكه[٥]، ثم يأخذ المالك القديم بألفين إن شاء؛ لأنه[٦] قام عليه بالثمنين[٧]، فيأخذه بهما، وكذا إذا كان المأسور[٨] منه الثانى غائباً ليس للأول[٩] أن يأخذه؛ اعتباراً بحال حضرته. ولا يملك علينا[١٠] أهلُ الحرب

عينه، ثم باعه مرابحة، فإنه يحط من الثمن، ولو اعورّت بآفة سماوية، لا يحط، بل يرابح على كل الثمن. وكذا فى الشفعة إذا كان فوات وصف المشفوع بفعل قصدى قوبل ببعض الثمن، كما لو استهلك شخص بعض بناء الدار المشفوعة. وأجيب بأن الوصف إنما يقابله بعض من الثمن عند صيرورته مقصوداً بالتناول فى الشراء الفاسد، وموضع اجتناب الشبهة، كما ذكرت فى المرابحة؛ لأنها مبنية على الأمانة دون الخيانة، وللشبهة حكم الحقيقة، والملك فى الشفعة للمشترى كأنه فاسد من حيث وجوب تحوله إليه، أما فى الشراء الصحيح الذى لا يشبه الفاسد، فالثمن فيه لا يقابل الوصف، بل الذات. (ف)

(١) فإن من غصب جارية، فذهبت إحدى عينيها يضمن نصف القيمة.

(٢) أى مرة ثانية.

(٣) وهو الذى أسر منه أولا. (ف)

(٤) قوله: "بالثمن" اعترض عليه بأنا لو أثبتنا حق المشترى الأول تضرر المالك؛ لأنه ح يأخذه بالثمنين، أجيب بأن رعاية حق من اشتراه أولا أولى؛ لأن حقه يعود فى الألف التى نقدها بلا عوض، والمالك القديم يلحقه الضرر بعوض يقابله، وهو العبد. (عناية)

(٥) قوله: "ورد على ملكه" كما إذا وهب شيئاً لرجل، فوهبه الموهوب له من آخر ليس للأول أن يرجع عليه ما لم يرجع هو على الثانى. (ك)

(٦) أى ذلك الشىء.

(٧) الألف الذى نقده أولا، والذى أعطاه ثانياً للمشترى الثانى.

(٨) أى المشترى الأول.

(٩) أى المالك القديم. (ب)

(١٠) قوله: "ولا يملك إلخ" الأصل فيه ما ذكره الطحاوى أن كل ما يملك بالميراث يملك بالأسر والاسترقاق والغلبة، وكل ما لا يملك بالميراث لا يملك بالأسر والاسترقاقعوالغلبة. (ب)

بالغلبة مدبّرينا، وأمهات أولادنا، ومكاتبينا، وأحرارنا، ونملك عليهم جميعَ ذلك؛ لأن السبب[١] إنما يفيد الملكَ في محله، والمحل المال المباح، والحر معصوم بنفسه[٢]، وكذا من سواه[٣]؛ لأنه تثبت الحرية فيه من وجه[٤]، بخلاف رقابهم[٥]؛ لأن الشرع أسقط عصمتهم[٦] جزاءً على جنايتهم، وجعلهم أرقّاءَ، ولا جناية من هؤلاء[٧].

وإذا أبق[٨] عبد مسلم لمسلم[٩]، فدخل إليهم، فأخذوه لم يملكوه عند أبي حنيفة وقالا: يملكونه؛ لأن العصمة[١٠] لحق المالك؛ لقيام يده، وقد زالت[١١]، ولهذا[١٢] لو أخذوه من دار الإسلام ملكوه[١٣].

وله أنه ظهرت يده على نفسِه بالخروج من دارنا[١٤]؛ لأن سقوط اعتبارها لتحقق يد المولى عليه تمكينًا له من الانتفاع، وقد زالت يد

---

(١) إشارة إلى ما ذكر من المدبر وغيره.

(٢) قوله: "والحر معصوم بنفسه" باعتبار أن الآدمي خلق لحمل التكاليف، ولا قدرة على التكليف إلا بواسطة العصمة، فكان التعرض له حرامًا. (ب)

(٣) من أم الولد والمدبر وغيرهما. (ب)

(٤) ولهذا لا يصح أن يملكهم بالعقود. (ب)

(٥) قوله: "بخلاف رقابهم" أي رقاب الكفار من أحرارهم، ومدبريهم، وأمهات أولادهم. (ك)

(٦) بسبب إنكارهم التوحيد.

(٧) قوله: "من هؤلاء" أي مدبرينا، وأمهات أولادنا، ومكاتبينا، وأحرارنا. (ك)

(٨) قوله: "وإذا أبق إلخ" ذكر الإمام أبو اليسر في "عين الفقهاء" العبد المسلم لمسلم، أو ذمي إذا أبق إلى دار الحرب، فأخذه الكفار لا يملكونه عند أبي حنيفة، والعبد المرتدّ يملكونه، والعبد إذا كان ذميًا، ففيه قولان. (ك)

(٩) قيد المسلم اتفاقي؛ لأن عبد الذمي كذلك. (ع)

(١٠) أي الموجودة في العبد. (ب)

(١١) قوله: "وقد زالت" فصار كما إذا ندت الدابة أي شردت، وكما لو أخذوا العبد الآبق من دارنا، أو غير الآبق إذا أحرزوه حيث يملكونه. (ف)

(١٢) أي لزوال يده. (ب)

(١٣) ولو كانت العصمة بالإسلام لم يملكوه. (ب)

(١٤) فحين دخل دار الحرب زالت يد المولى عنه، لا إلى من يخلفه. (ب)

المولى[1]، فظهرت يده على نفسه، وصار معصومًا بنفسه، فلم يبقَ محلا للملك. بخلاف المتردد[2]؛ لأن يد المولى باقية[3]؛ لقيام يد أهل الدار، فمنع ظهور يده، وإذا لم يثبت الملكُ لهم[4] عند أبي حنيفة يأخذه المالكُ القديم بغير شيء، موهوبًا[5] كان أو مشترًى[6]، أو مغنومًا قبل القسمة، وبعد القسمة[7] يؤدّى عوضه من بيت المال؛ لأنه لا يمكن إعادة القسمة لتفرق الغانمين، وتعذر اجتماعهم[8]، وليس له على المالك[9] جعل الآبق[10]؛ لأنه[11] عامل لنفسه؛ إذ في زعمه أنه ملكه.

وإن ند[12] بعير إليهم، فأخذوه ملكوه؛ لتحقق الاستيلاء؛ إذ لا يد للعجماء[13] لتظهر عند الخروج من دارنا، بخلاف العبد على ما ذكرنا[14].

---

(١) قوله: "وقد زالت يد المولى" فإن قيل: لا نسلم أنها زالت لا إلى من يخلفه، فإن يد الكفرة قد خلفت يد المولى؛ لأن دار الحرب في أيديهم. أجيب بأن بين الدارين حد لا يكون في يد أحد، وعند ذلك تظهر يد العبد على نفسه، ولأن يد الدار حكمية، ويد العبد حقيقية، فلا تندفع بالحكمية، وإليه أشار فخر الإسلام. (ع)

(٢) قوله: "بخلاف المتردد" أي بخلاف المتردد الآبق الذي يتردد في دار الإسلام؛ لأن يد المولى باقية حكمًا في حقه، ولهذا لو وهبه لابنه الصغير صار قابضًا له، وأما الآبق إلى دار الحرب، فلا يكون في يد مولاه حكما. (ك)

(٣) فصار كما إذا استولد على باقي أمواله؛ لأن الاقتدار عليه قائم بالطلب، واستعانة أهل الدار. (ب)

(٤) أي لأهل الحرب.

(٥) أي من أهل الحرب الذي أخرجه إلى دار الإسلام. (ب)

(٦) أي اشتراه مسلم منهم.

(٧) قوله: "وبعد القسمة يؤدى إلخ" أي يؤدي الإمام عوضه من بيت المال للمأخوذ منه؛ لأنه لا يمكن له إعادة القسمة، وبيت المال معد لنوائب المسلمين، وهذا أيضًا منها. (ف)

(٨) أي الكفار.

(٩) أي الغازي، أو التاجر، أو الموهوب له. (ب)

(١٠) قوله: "جعل الآبق" الجعل ما يجعل للعامل على عمله، وخص في الاستعمال بما يعطى المجاهد ليستعين به على جهاده. (مغرب)

(١١) قوله: "لأنه" أي لأن كل واحد من الغازي، والتاجر، والموهوب له عامل لنفسه في زعمه؛ إذ في زعمه أنه ملكه أي العبد، فيكون عاملا لنفسه، لا للمولى القديم. (ب)

(١٢) قوله: "وإن ند [ند البعير نفر]" أي ذهب على وجهه، يقال: ند يند ندا من باب ضرب يضرب.

(١٣) قوله: "للعجماء" أي البهيمة، وإنما سميت بها؛ لأنها لا تتكلم، وكذلك من لم يقدر على الكلام،

وإن اشتراه[(١)] رجل، وأدخله دار الإسلام، فصاحبُه يأخذه بالثمن إن شاء؛ لما بينا[(٢)] . فإن أبق عبد إليهم، وذهب معه بفرس ومتاع، فأخذ المشركون ذلك كله[(٣)]، واشترى رجل ذلك كله، وأخرجه إلى دار الإسلام، فإن المولى يأخذ العبدَ بغير شيء، والفرسَ والمتاعَ بالثمن، وهذا عند أبي حنيفة[(٤)] . وقالا: يأخذ العبد، وما معه بالثمن إن شاء؛ اعتباراً[(٥)] لحالة الاجتماع بحالة الانفراد، وقد بينا الحكم في كل فرد[(٦)] .

وإذا دخل الحربي دارنا بأمان، واشترى عبداً مسلماً[(٧)]، وأدخله دار الحرب، عتق عند أبي حنيفة. وقالا: لا يعتق؛ لأن الإزالة كانت مستحقة بطريق معين، وهو البيع[(٨)]، وقد انقطعت[(٩)] ولايةُ الجبر عليه، فبقي في يده عبداً[(١٠)] .

فهو أعجم ومستعجم، ويقال: صلاة عجماء لصلاة النهار؛ إذ لا قراءة فيها. (ب)

(١٤) إشارة إلى قوله: إنه ظهرت يده إلخ. (ب)

(١) أي البعير.

(٢) من أن المشتري يتضرر بالأخذ مجانًا.

(٣) أي العبد والمتاع ومانعه.

(٤) قوله: "وهذا عند أبي حنيفة" لما أن عنده يثبت الملك للغازي في المال دون العبد، اعترض عليه بأنه على قوله ينبغي أن يأخذ المالك المتاع أيضًا بغير شيء؛ لأنه لما ظهرت يد العبد على نفسه، ظهرت على المال أيضًا؛ لانقطاع يد المولى منه. وأجيب بأن يد العبد ظهرت على نفسه مع المنافي، وهو الرق، فكانت ظاهرة من وجه دون وجه، فجعلناها ظاهرة في حق نفسه غير ظاهرة في حق المال، هكذا قاله الأكمل في "العناية"، وفيه تأمل؛ لأن استيلاء العبد على المال حقيقة وجد، وهو مال مباح، فينبغي أن يمنع استيلاء الكفار. (ب)

(٥) قوله: "اعتباراً إلخ" يعني إذا أبق العبد وحده، كان الحكم كذلك، فكذا الحكم إذا أبق ومعه فرس ومتاع. (ب)

(٦) أي عند قوله: وإذا غلبوا على أموالنا إلخ.

(٧) وكذا الخلاف في العبد الذمي. (ك)

(٨) قوله: "وهو البيع [لأن الإسلام يعلو ولا يعلى. ب]" فإنه إذا اشترى الكافر عبداً مسلماً يجبر على إخراجه عن ملكه بالبيع، فإن فعل، وإلا باعه القاضي، ودفع ثمنه إليه. (ف)

(٩) بإخراجه من دار الإسلام. (ب)

(١٠) قوله: "فبقي في يده عبداً" فلا يعتق عليه؛ لأنه ملكه في دار الإسلام، وأحرزه بدراهم. (ب)

ولأبى حنيفة[١] أن تخليص المسلم عن ذل الكافر واجب، فيقام الشرط[٢]، وهو تباين الدارين مقام العلة[٣]، وهو الإعتاق؛ تخليصًا له كما يقام[٤] مضى ثلاث حِيَضٍ مقام التفريق، فيما إذا أسلم أحد الزوجين فى دار الحرب.

وإذا أسلم عبد الحربى، ثم خرج إلينا، أو ظُهِر[٥] على الدار، فهو حر، وكذلك إذا خرج عبيدُهم إلى عسكر المسلمين؛ فهم أحرار؛ لما روى[٦] أن عَبِيْدًا من عبيد الطائف أسلموا، وخرجوا إلى رسول الله عليه السّلام، فقضى بعتقهم، وقال: هم عُتَقَاء الله، ولأنه أحرز[٧] نفسه بالخروج إلينا مُراغمًا لمولاه[٨]، أو بالالتحاق[٩] بمَنَعَة المسلمين[١٠]، إذا ظهر

---

(١) قوله: "ولأبى حنيفة إلخ" بيانه أن الحربى المستأمن فى دارنا يزال ملكه بالبيع، فإذا دخل دار الحرب انتهت الحرمة بانتهاء الأمان، وسقطت عصمة المال، وقد عجز القاضى عن إعتاقه عليه؛ إذ لا ينفذ قضاءه على من فى دار الحرب، فقام شرط زوال عصمة ماله، وهو دخول دار الحرب مقام علته، وهو إعتاق القاضى. (ب)

(٢) لقوله تعالى: ﴿لن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا﴾.

(٣) قوله: "مقام العلة" لما أن الشرط قد يقام مقامها عند إمكان إضافة الحكم إليه، كما فى حفر البئر على قارعة الطريق، لا يقال: الإحراز بدار الحرب سبب لإثبات الملك فى ما لم يكن مالكًا له.
ألا ترى أنهم إذا أخذوا عبدًا مسلمًا فى دارنا، ملكوه إذا أحرزوه بدارهم، فيستحيل أن يزول ملكه به؛ لأن الإحراز لما كان سببًا لإثبات الملك ابتداء، فأولى أن يبقى الملك الثابت به، كما كان، قلنا: ليس هذا، كما أخذوا عبدًا من دارنا؛ لأنهم لا يملكونه بالأخذ، حتى يستحق الإزالة عليه، وإنما يملكونه بالإحراز، بخلاف ما نحن فيه، فإنهم ملكوه بالشراء، فاستحق الإزالة عليهم بإقامة شرط الزوال مقام السبب؛ لما ذكرنا. (ك)

(٤) قوله: "كما يقام مضى ثلاث حيض" تمثيل للمسألة فى قيام الشرط مقام العلة، فإن انقضاء ثلاث حيض شرط البينونة فى الطلاق الرجعي، أقيم مقام علة البينونة، وهى عرض القاضى الإسلام، وتفريقه بعد الإباء بعجز القاضى عن حقيقة العلة فى ما إذا أسلم أحد الزوجين بدار الحرب. (ع)

(٥) بصيغة المجهول أى غلب على دار الكفار. (ب)

(٦) قوله: "لما روى" قلت: أخرج البيهقى عن عبد الله بن مكرم قال: لما حاصر رسول الله ﷺ الطائف، خرج إليهم من رقيقهم أبو بكرة، وكان عبدا للحارث والمنبعث وردان، فأسلموا، فقالوا: يا رسول الله! رد علينا رقيقنا الذين أتوك، فقال: لا أولئك عتقاء الله تعالى. (ت)

(٧) أى أبعد المسلم الذى خرج.

(٨) قوله: "مراغمًا [أى منابذًا يقال: راغم فلان قومه إذا تركهم] لمولاه" قيد به؛ لأنه لو خرج طائعًا لمولاه

على الدار، واعتبارُ يده أولى من اعتبار يد المسلمين؛ لأنها أسبق ثبوتًا[١] على نفسه، فالحاجة في حقه[٢] إلى زيادة توكيد[٣]، وفي حقهم إلى إثبات اليد[٤] ابتداء، فكان أولى.

باب المستأمن[٥]

وإذا دخل[٦] المسلم دار الحرب تاجرًا[٧]، فلا يحل له أن يتعرض بشيء من أموالهم[٨]، ولا من دماءهم؛ لأنه ضمن أن لا يتعرض لهم بالاستئمان، فالتعرض بعد ذلك[٩] يكون غدرًا، والغدر حرام[١٠] إلا إذا غدر[١١] بهم ملكهم[١٢]، فأخذ[١٣] أموالهم، أو حبسهم، أو فعل[١٤] غيرُه بعلم المَلِك، ولم يمنعه؛ لأنهم هم الذين نقضوا العهد، بخلاف الأسير[١٥]؛

يباع، وثمنه للحربي، وعليه نص الحاكم الشهيد في "الكافي". (ب)

(٩) يتعلق بقوله: أو ظهر. (ع)

(١٠) أي بعسكرهم.

(١) قوله: "لأنها أسبق [أي يد العبد] ثبوتا إلخ" توضيحه أنه لما التحق بمنعة المسلمين صار كأنه خرج إلى دار الإسلام، ولا يكون عبد الغزاة؛ لأنهم محتاجون إلى أن يملكوه بالإحراز، وهو محتاج إلى أن يحرز نفسه، وإحرازه أسبق من إحرازهم، فكان أولى. (ب)

(٢) أي العبد.

(٣) بالتحاقه بعسكر المسلمين.

(٤) أي اعتبار يد العبد. (ب)

(٥) أخره عن الاستيلاء؛ لأنه بالقهر والاستئمان بعد القهر.

(٦) قدم استئمان المسلم على استئمان الكافر تعظيمًا له. (ب)

(٧) حال.

(٨) أي الكفار.

(٩) أي بعد شرط عدم التعرض.

(١٠) بالإجماع.

(١١) يعني ح لا يكون تعرض المستأمن غدرًا.

(١٢) أي سلطان الكفار ورئيسهم.

(١٣) بيان لكيفية غدره.

(١٤) أي الحبس وغيره.

(١٥) قوله: "بخلاف الأسير" يعني أن الغدر ليس بحرام عليه، فإن الأسراء إذا تمكنوا من قتل أهل الحرب غيلة، وأخذ أموالهم، وفعلوا ذلك، وخرجوا إلى دار الإسلام، ولا منعة لهم، فكل من أخذ شيئًا، فهو له

لأنه غير مستأمن[١]، فيُباح له التعرض، وإن أطلقوه[٢] طوعًا.

فإن غدر بهم أعنى التاجر، فأخذ شيئًا، وخرج به مَلَكه ملكًا محظورًا[٣]؛ لورود الاستيلاء على مالٍ مباحٍ إلا أنه حصل بسبب الغدر، فأوجب ذلك خبثًا فيه[٤]، فيؤمر[٥] بالتصدق به، وهذا لأن الحظر لغيره[٦] لا يمنع انعقاد السبب على ما بيناه[٧].

وإذا دخل المسلم دار الحرب بأمان، فأدانه[٨] حربى، أو ادّان هو حربيًا، أو غصب أحدُهما[٩] صاحبه، ثم خرج[١٠] إلينا، واستأمن الحربى لم يُقضَ لواحد منهما على صاحبه بشيء. أما الإدانة فلأن القضاء يعتمد الولاية[١١]، ولا ولاية وقت الإدانة[١٢] أصلا[١٣]، ولا وقت القضاء على

خاصةً. (ع)

(١) حتى يحرم له الغدر.

(٢) قوله: "وإن [الواو وصلية] أطلقوه [أى الكفار]" أى فى دارهم، وتركوه فى دارهم، أو أعتقوه؛ لأنه لم يستأمن، وعتقهم لا عبرة به؛ لأنهم لم يملكوه، فله أن يقتل من قدر عليه سيده، أو غيره. (ف)

(٣) مفعول من الحظر بمعنى المنع.

(٤) كملك المغصوب عند الضمان. (ف)

(٥) قوله: "فيؤمر بالتصدق" ولو كان المأخوذ غدرًا جارية لا يحل له وطئها، ولا للمشترى منه، بخلاف المشتراة شراءً فاسدا، فإن حرمة وطئها على المشترى خاصة، ويحل للمشترى منه؛ لأن المنع هناك لثبوت حق البائع فى الاسترداد، وببيع المشترى انقطع ذلك الحق، وههنا الكراهة للغدر، والمشترى الثانى كالأول فيه. (ف)

(٦) كما فى البيع الفاسد. (ف)

(٧) قوله: "على بيناه" إشارة إلى قوله فى أوائل باب استيلاء الكفار: والمحظور بغيره إذا صلح لكرامة تفوق الملك إلخ. (ك)

(٨) قوله: "فأدانه [بتخفيف]" الإدانة البيع بالدين، والاستدانة الابتياع بالدين، وقولهم: ادّان بالتشديد من باب الافتعال أى قبل الدين، والدين غير القرض؛ إذ ذاك اسم لما يقبض بعد القرض، وهذا اسم لما يصير فى الذمة بالعقد. (ك)

(٩) أى المسلم والحربى.

(١٠) أى المسلم.

(١١) أى ولاية القاضى.

(١٢) لكون المسلم والحربى فى دار الحرب.

المستأمن(١)؛ لأنه ما التزم(٢) حكم الإسلام فيما مضى من أفعاله، وإنما التزم ذلك في المستقبل، وأما الغصب فلأنه(٣) صار ملكًا للذي غصبه(٤)، واستولى عليه لمصادفته(٥) مالا غير معصوم على ما بيناه(٦)، وكذلك(٧) لو كانا حربيين فعلا ذلك، ثم خرجا مستأمنين؛ لما قلنا(٨). ولو خرجا مسلمين، قضى بالدين بينهما، ولم يُقض بالغصب. أما المداينة(٩): فلأنها وقعت صحيحة؛ لوقوعها بالتراضي، والولاية ثابتة(١٠) حالة القضاء لالتزامهما الأحكام بالإسلام، وأما الغصب: فلما بينا(١١) أنه ملكه، ولا خبث في ملك الحربي(١٢) حتى يؤمر بالرد.

---

(١٣) أي على الحربي، ولا على المسلم.

(١) قوله: "ولا وقت القضاء على المستأمن [وإن وجدت الولاية على المسلم في هذا الوقت]" ولما لم يقض على الحربي لم يقض على المسلم أيضًا، لا لانعدام التزامه حكم الشرع، بل لوجوب التسوية بين الخصمين، كذا في "الكافي"، وفيه نظر؛ إذ المساواة بين الخصمين بهذا الوجه غير لازم.
ألا يرى أنه يقضي بالقصاص للأب على الابن، ولا يقضي به للابن عليه، وكذا يقضي بشهادة الأب، أو شهادة الابن على الرجل لغيره، ولا يقضي له على الغير إلا أن يقال: انعدام التسوية بين الخصمين بهذا الوجه إنما يمنع إذا كان لقصور ولاية القاضي على أحد الخصمين، كما في مسألة المستأمن مع المسلم، وأما إذا كان المعنى في أحد الخصمين مع كمال ولاية القاضي، كما في المسائل المذكورة، فلا يمنع ذلك. (إله داد)

(٢) قوله: "لأنه [أي المغصوب] ما التزم إلخ" ولكن يفتي بأنه يجب عليه في ما بينه وبين الله القضاء، وقال أبو يوسف: يقضي على المسلم، فعدم القضاء كما في "الهداية" قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله. (ف)

(٣) أي المغصوب.

(٤) فلا يحكم بالرد. (ب)

(٥) لأن دار الحرب دار قهر وغلبة. (ب)

(٦) قوله: "على ما بيناه" وذلك لأن غصب مال الحربي استيلاء عليه، والاستيلاء على مال الحربي يوجب الملك لمن استولى عليه، مسلمًا كان المستولي أو حربيًا، فإن الروم إذا غلبوا على الترك، وأخذوا أموالهم ملكوا.(د)

(٧) لا يقضي بشيء.

(٨) إشارة إلى ما قبله من أن القضاء يعتمد الولاية.

(٩) أي الدين.

(١٠) قوله: "والولاية ثابتة" حال الإسلام، ولا ترجيح لأحدهما على الآخر ليقضي لأحدهما دون الآخر، فسوّينا بينهما، وعلى قول أبي يوسف: لا يحتاج إلى هذا؛ إذ يقضي للحربي على المسلم عنده، كما ذكرنا. (ف)

(١١) من أنه صادف ملكًا غير معصوم فيملكه.

وإذا دخل المسلم دار الحرب بأمان، فغصب حربيًا[١]، ثم خرجا مسلمين[٢] أُمر برد الغصب[٣]، ولم يُقض عليه أما عدم القضاء، فلما بينا[٤] أنه ملكه، وأما الأمرُ بالرد -ومراده الفتوى به[٥]- فلأنه فسد الملكُ[٦]؛ لما يقارنه من المحرم، وهو نقض العهد.

وإذا دخل مسلمان دار الحرب بأمان، فقتل أحدُهما صاحبه عمدًا، أو خطأ، فعلى القاتل الدية في ماله[٧]، وعليه الكفارة في الخطأ[٨]، أما الكفارة: فلإطلاق الكتاب[٩]، والدية[١٠] لأن العصمة الثابتة بالإحراز بدار الإسلام لا تبطل[١١] بعارض الدخول بالأمان، وإنما لا يجب القصاص[١٢] لأنه لا يمكن استيفاءه إلا بمنَعَة، ولا منعة بدون الإمام وجماعة المسلمين، ولم يوجد ذلك في دار الحرب[١٣]، وإنما تجب الدية في ماله في

(١٢) قوله: "ولا خبث في ملك الحربي" لأن سبب الملك هو الاستيلاء، وهو على مال مباح؛ إذا لم يتضمن غدراً. (د)

(١) أي مال حربي حذف المضاف.

(٢) قوله: "مسلمين" هذا الحكم ليس بمنحصر به، بل إذا خرج الحربي مستأمنًا، فالحكم كذلك أيضًا. (ك)

(٣) أي ديانة. (ب)

(٤) لكونه مالا غير معصوم.

(٥) الظاهر أن الضمير راجع إلى محمد.

(٦) ولهذا يؤمر بالرد ديانة.

(٧) قوله: "فعلى القاتل الدية في ماله [أي القاتل دون العاقلة]" يعني في العمد والخطأ كليهما، هكذا ذكر من غير خلاف في عامة النسخ، وذكر قاضي خان أن هذا قول أبي حنيفة. وقالا: عليه القصاص في العمد؛ لأنه قتل شخصًا معصومًا ليس من أهل دار الحرب، فيجب بقتله ما يجب به في دار الإسلام، وله أن تكثير سوادهم من كل وجه بتوطنه فيهم كان يسقط العصمة، فتكثيره من وجه يورث الشبهة، فيسقط القصاص. (ع)

(٨) قوله: "في الخطأ" التقييد به؛ لأنه لا كفارة في العمد عندنا. (ب)

(٩) قوله: "فلإطلاق الكتاب" وهو قوله تعالى: ﴿ومن قتل مؤمنًا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة﴾ الآية، لم يقيد بدار الإسلام. (ك)

(١٠) أي وجوب الدية.

(١١) قوله: "لا تبطل" لأنه لما كان على قصد الرجوع، كان كأنه في دار الإسلام تقديراً. (عناية)

(١٢) يعني القياس كان وجوب القصاص في العمد، لكنه إنما لم يجب؛ لأنه لا يمكن إلخ.

(١٣) فلا فائدة في وجوبه. (ب)

العمد[١]؛ لأن العواقل[٢] لا تَعْقَل العمد، وفى الخطأ لأنه لا قدرة[٣] لهم على الصيانة مع تباين الدارين، والوجوب عليهم على اعتبار تركها.

وإن كانا[٤] أسيرين[٥]، فقتل أحدُهما صاحبه؛ أو قتل مسلم تاجرٌ أسيرًا، فلا شيء على القاتل إلا الكفارة فى الخطأ عند أبى حنيفة.

وقالا[٦]: فى الأسيرين الديةُ فى الخطأ، والعمد؛ لأن العصمة لا تبطل بعارض الأسر، كما لا تبطل بعارض الاستئمان على ما بيناه[٧]، وامتناعُ القصاص[٨] لعدم المنعة، وتجب الدية فى ماله لما قلنا[٩].

ولأبى حنيفة[١٠] أن بالأسر صار تبعًا لهم بصيرورته مقهورًا فى أيديهم، ولهذا[١١] يصير مقيمًا بإقامتهم، ومسافرًا بسفرهم، فيبطل به الإحراز أصلا[١٢]، وصار كالمسلم[١٣] الذى لم يهاجر إلينا، وخص الخطأ

---

(١) أى لا على العاقلة، كما إذا كان القتل خطأ فى دار الإسلام، فإنها ح تجب على العاقلة.

(٢) قوله: "لأن العواقل إلخ" الحاصل أن عدم وجوب الدية على العاقلة فى العمد ظاهر، فإن العواقل إنما تعقل فى الخطأ، لا فى العمد، كما مر فى موضعه. وأما فى الخطأ: فلأن وجوب الدية عليهم إنما هو باعتبار أنهم تركوا صيانة القاتل عن مثل هذا الفعل، وهذا الأمر مفقود فى ما نحن فيه لتباين دارى القاتل والعاقلة، فإن العاقلة فى دار الإسلام، والقاتل فى دار الحرب، فلا يوجد ههنا منهم تقصير حتى يجب الدية عليهم. (عبد)

(٣) قوله: "لا قدرة" قد يقال: هذا تعليل بمقابلة النص يعنى قوله تعالى: ﴿ومن قتل مؤمنًا خطأ﴾ الآية، وجوابه ظاهر؛ لأن النص إنما يدل على وجوب الدية، ونحن نقول به، ووجوبها على العاقلة، إنما يثبت بدلائل ظنية لم توجد ههنا. (د)

(٤) أى المسلمان الداخلان دارهم.

(٥) أسرهما الكفار من دارنا.

(٦) قوله: "وقالا إلخ" قياس ما نقله قاضى خان أن يقولا بوجوب القصاص فى العمد فى الأسيرين أيضًا. (ف)

(٧) إشارة إلى قوله: إن العصمة الثابتة بالإحراز إلخ. (عناية)

(٨) كما مر فى المسألة السابقة.

(٩) إشارة إلى قوله: لأن العواقل إلخ. (عناية)

(١٠) يعنى أهل الحرب أصول وهم غير معصومون، فكذا الفروع.

(١١) أى لكونه تبعًا لهم.

(١٢) قوله: "فيبطل به [أى إشارة إلى قوله: لأن العواقل إلخ. عناية] الإحراز أصلا" فلم يثبت العصمة

بالكفارة[١] لأنه لا كفارة فى العمد عندنا[٢].

فصل[٣]

قال: وإذا دخل الحربى إلينا مستأمنًا لم يمكن[٤] أن يقيم فى دارنا سنةً، ويقول له الإمام: إن أقمت تمام السنة، وضعتُ عليك الجزية.

والأصل أن الحربى لا يمكن من إقامة دائمة فى دارنا إلا بالاسترقاق، أو الجزية؛ لأنه يصير عينًا[٥] لهم، وعونًا[٦] علينا[٧]، فتلتحق المضرةُ

المقومة، فلم يجب الدية بخلاف الكفارة، فإنها بناء على العصمة المؤثمة، وهى بالإسلام. (ب)

(١٣) قوله: "وصار كالمسلم الذى لم يهاجر إلينا" الجامع كون كل واحد منهما مقهوراً فى أيديهم، بخلاف المستأمن؛ لأنه يمكن له الخروج. (ب)

(١) أى فى المتن.

(٢) قوله: "عندنا [خلافًا للشافعى]" احتراز عن قول الشافعى، فإنه يقول فى العمد: يجب الكفارة، كما فى الخطأ؛ لأن الله تعالى أوجبها فى الخطأ صراحةً حيث قال: ﴿ومن قتل مؤمنًا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله﴾ إلى أن قال: ﴿فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين﴾ الآية. ومن المعلوم أن قتل الخطأ أهون من قتل العمد، فإن فى الخطأ لا يكون قتله مقصوداً للقاتل، بل يكون ذلك لجهة عرضة، وفى العمد يقصد ذلك صراحة، أو دلالة بأن يقتله بمحدد، فإنه دال على أنه قصد قتله، فلما وجب الكفارة فى الخطأ وجب فى العمد بالطريق الأولى، فكان ثبوت الكفارة فى الخطأ بطريق عبارة النص، وفى العمد بطريق دلالة النص.

ونظيره قوله تعالى: ﴿فلا تقل لهما أف﴾ منع الله تعالى أن يقول للوالدين: أف لكما، وليس سببه إلا أنه يؤذيهما، وإيذاءهما حرام. ومن المعلوم أن لإيذاء فى الضرب والشتم فوق الإيذاء فى أف، فيكون كل منهما وأمثالهما أيضًا حرامًا بدلالة نص الأف. ونحن نقول: الكفارة أمر دائر بين العبادة والعقوبة، فإنها من حيث إنها شرعت بارتكاب أمر منهى عنه كاليمين الكاذب، وقتل خطأ ونحوهما عقوبة، ومن حيث إنها تتأدى بعبادات كالصوم وإطعام المساكين، وتحرير رقبة عبادة، فلا بد أن تكون شرعيته فى أمر يكون دائرا بين العبادة والعقوبة؛ ليكون العقوبة مطابقة لما عوقب عليه، ولا كذلك إلا قتل الخطأ، فإنه من حيث إنه نفذ السهم إلى المقتول، فقتله عقوبة ومنهى عنه، ومن حيث إنه لم يقصد ذلك، بل وقع ذلك مجانًا مباح، فوجبت الكفارة التى هى دائرة بين أمرين. بخلاف قتل العمد، فإنه منهى عنه نهيا خالصا، لا شوب فيه للإباحة، لا من طريق القصد، ولا من طريق آلة القتل، فوجب أن لا تجب فيه الكفارة التى هى أمر دائر بين أمرين، بل جزاءه جهنم ماكثًا فيها مكثًا طويلا إلا أن يتوب فيتوب الله تعالى عليه، هذا خلاصة ما فى "التوضيح والتلويح" وغيرهما، وللتفصيل موضع آخر. (عبد)

(٣) هذا فصل فى بيان حكم المستأمن من اهل الحرب.

(٤) مضارع مجهول من التمكين.

(٥) أى جاسوسًا للكفار.

(٦) العون الظهير للأمر، والجمع الأعوان.

(٧) على ههنا للضرر.

بالمسلمين، ويمكّن من الإقامة اليسيرة؛ لأن في منعها قطع المِيرة[١] والجَلَب، وسدّ باب التجارة، ففصّلنا بينهما[٢] بسنة؛ لأنها مدةٌ تجب فيها الجزية، فيكون الإقامة لمصلحة الجزية، ثم إن رجع بعد مقالة الإمام[٣] قبل تمام السنة إلى وطنه فلا سبيل عليه[٤]، وإذا مكث سنة فهو ذمّي[٥]؛ لأنه لما أقام سنة بعد تقدم الإمام إليه[٦] صار ملتزمًا للجزية، فيصير ذميًا، وللإمام[٧] أن يوقّت في ذلك ما دون السنة[٨] كالشهر والشهرين.

وإذا أقامها بعد مقالة الإمام، يصير ذميًا لما قلنا[٩]، ثم لا يُترَكُ أن يرجع إلى دار الحرب؛ لأن عقد الذمة لا ينقض[١٠] كيف وإن فيه قطع الجزية؟ وجعل ولده حربًا علينا[١١]، وفيه مضرّةٌ بالمسلمين.

فإن دخل الحربي دارنا بأمان، فاشترى أرض خراج، فإذا وضع عليه[١٢] الخراج، فهو ذمّي[١٣]؛ لأن خراج الأرض بمنزلة خراج الرأس[١٤]،

---

(١) قوله: "قطع الميرة" بكسر الميم وسكون الياء: الطعام من مار يمير، والجلب أي وقطع الجلب بفتحتين: وهو كل شيء يجلب من إبل، وخيل، وغنم وغيرها من الحيوانات، وسد باب التجارة أي في منع المدة اليسيرة سد باب التجارة أيضًا. (ب)

(٢) أي بين المدة الكثيرة والقليلة.

(٣) أي بعد قول الإمام له: إن أقمت سنة وضعت عليك الجزية. (ب)

(٤) أي لا يمكن من الرجوع. (ب)

(٥) فلا يمكن له العود إلى داره. (ب)

(٦) قوله: "بعد تقدم الإمام إليه" يقال: تقدم إليه الأمير هكذا، وفي كذا إذا أمره به. (عناية)

(٧) قوله: "وللإمام إلخ" يعني أن تقدير الحول ليس بلازم، بل لو قدر الإمام أقل من ذلك على حسب ما يراه جاز، لكن إن لم يقدر له مدة، فالمعتبر هو الحول، فإذا قام بعد ذلك في دارنا يصير ذميًا. قال قاضي خان: فإذا مضت سنة بعد مضي المدة المضروبة، كان عليه الخراج؛ لأنه إنما يصير ذميًا بمجاوزة المدة المضروبة، فيعتبر الحول بعد ما صار ذميًا إلا أن يكون شرط عليه أنه إذا جاوزت السنة، يأخذ الخراج، فح يأخذ منه. (عناية)

(٨) أي في ضرب المدة. (ب)

(٩) قوله: "لما قلنا" إشارة إلى قوله: لأنه لما أقام سنة بعد تقدم الإمام، صار ملتزمًا. (ع)

(١٠) لأنه خلف عن الإسلام، وهو لا ينتقض. (ب)

(١١) بطريق التوالد والتناسل.

(١٢) قوله: "فإذا وضع عليه" المراد بوضعه التزام خراج الأرض بمباشرة سببه، وهو الزراعة، أو تعطيلها عنه

فإذا التزمه صار ملتزمًا المقام في دارنا.

أما بمجرد الشراء[(١)] لا يصير ذميًا لأنه قد يشتريها للتجارة، وإذا لزمه خراج الأرض، فبعد ذلك تلزمه الجزية لسنة مستقبلة[(٢)]؛ لأنه يصير ذميًا بلزوم الخراج فتعتبر المدة من وقت وجوبه، وقوله في الكتاب[(٣)]: فإذا وُضع عليه الخراج فهو ذمي، تصريح بشرط الوضع، فيخرج[(٤)] عليه أحكام جمّة[(٥)]، فلا يُغفل عنه.

وإذا دخلت حربيةٌ بأمانٍ، فتزوجت ذميًا[(٦)] صارت ذمية[(٧)]؛ لأنها التزمت المقام تبعًا للزوج[(٨)]، وإذا دخل حربيٌّ بأمانٍ، فتزوج ذمية لم يصر ذميًا؛ لأنه يمكنه أن يطلّقها، فيرجع إلى بلده، فلم يكن ملتزمًا المقام.

مع التمكن منها هو الصحيح. (إله داد)

(١٣) قوله: "فهو ذمي" قال في "النهاية": وكذلك لو لزمه عشر في قياس قول محمد بأن اشترى أرضًا عشرية؛ لأنهما جميعًا من مؤن الأرض. (ع)

(١٤) قوله: "بمنزلة خراج الرأس [أي الجزية]" لأن كلا منهما من أحكام دارنا، فلما رضي بوجوب الخراج عليه رضي بأن يكون من أهل دارنا. (ب)

(١) قوله: "أما بمجرد الشراء إلخ" بهذا صرح الكرخي في "مختصره" ومن المشايخ من قال: يصير ذميًا بمجرد الشراء، ذكره قاضي خان. (ب)

(٢) لا للأيام الماضية.

(٣) أي قول محمد في "الجامع الصغير".

(٤) قوله: "فيخرج" بصيغة المجهول من التخريج، وقال الإتراري في "غاية البيان": على صيغة المبني للفاعل من باب التفعل يقال: خرجته فتخرج عليه أحكام جمة أي كثيرة، فلا يغفل بصيغة المضارع المجهول عنه أي عن شرط الوضع؛ لأنه إنما تثبت تلك الأحكام بعد وضع الخراج لا قبله. (ب)

(٥) قوله: "أحكام جمة" منها منع الخروج إلى دار الحرب، وجريان القصاص بينه وبين المسلم، وضمان المسلم قيمة خمره وخنزيره إذا أتلفه، ووجوب الدية عليه إذا قتله خطأ، ووجوب كف الأذى عنه، فيحرم غيبته كما يحرم غيبة المسلم فضلا عما يفعله السفهاء من شتمه في الأسواق ظلمًا وعدوانًا. (ف)

(٦) قوله: "فتزوجت ذميًا" وفي تزوجها المسلم أولى. (ف)

(٧) خلافًا للأئمة الثلاثة. (ب)

(٨) قوله: "تبعًا للزوج" فإن في يده طلاقها، والمضي عنها بخلافها، فحين أقدمت عليه كانت ملتزمة ما يأتي عنه، ومنه عدم الطلاق، ومنعها من الخروج من داره، فتوضع الخراج عليه. (ف)

ولو أن حربيًا دخل دارنا بأمان، ثم عاد إلى دار الحرب، وترك[١] وديعة عند مسلمٍ، أو ذمي، أو دينًا في ذمتهم، فقد صار دمه مباحًا بالعود؛ لأنه أبطل أمانَه، وما في دار الإسلام من ماله على خطر[٢]، فإن أُسر[٣]، أو ظُهر على الدار فقُتِل سقطت ديونُه، وصارت الوديعة فيئًا[٤].

أما الوديعة: فلأنها في يده تقديرًا لأن يد المودَع كيده[٥]، فيصير فيئًا تبعًا لنفسه[٦]. وأما الدينُ فلأن إثبات اليد عليه بواسطة المطالبة، وقد سقطت[٧] ويد من عليه[٨] أسبق إليه من يد العامة[٩] فيختص به.

وإن قُتِلَ ولم يُظهر[١٠] على الدار[١١]، فالقرض والوديعة لورثته، وكذلك إذا مات[١٢] لأن نفسه لم تصر مغنومةً، فكذلك ماله، وهذا لأن حكم الأمان باقٍ في ماله فيرد عليه، أو على ورثته من بعده[١٣].

---

(١) في دارنا.

(٢) أي تردد.

(٣) تفصيل للتردد.

(٤) أي غنيمة.

(٥) قوله: "لأن يد المودع كيده" هذا منقوض بما إذا أسلم الحربي في دار الإسلام، وله وديعة عند مسلم في دار الحرب، ثم ظهر على الدار فإنها تكون فيئًا، فلم تكن يد المودع كيد المودع. وأجيب بأن يد المودع كيد المودع إذا اتفقا عصمة وقت الإيداع، وفي صورة النقض ليس كذلك، فإن دار الحرب ليست بدار عصمة. (ع)

(٦) قوله: "فيصير [أي الحربي المودع] فيئًا تبعًا لنفسه" فيوضع في بيت المال لعامة المسلمين في ظاهر الرواية، وعند أبي يوسف أنها يختص به المودع؛ لما ذكره المصنف في الدين. وأما الدين فيسقط عن ذمته؛ لأن ثبوت يده عليه منتفٍ إذ قد صار ملكا للمديون، وإنما هي ثابتة باعتبار المطالبة، وقد سقطت، وإذا تحققت هذا ظهر لك أن اختصاص المديون به ضروري لا يحتاج إلى تعليله بأن سبقت يده إليه. (ف)

(٧) بسبب كونه مقتولا، أو مأسورًا.

(٨) أي مطالبة الحربي عن المديون.

(٩) أي يد كل واحد من الناس لسبق يده. (ب)

(١٠) أي هذا الحربي الذي أودع في دارنا.

(١١) أي دار الحرب.

(١٢) يعني يكون قرضه وديعته لورثته. (ب)

(١٣) لأن يد المودع كيده.

قال[١]: وما أوجف المسلمون عليه[٢] من[٣] أموال أهل الحرب بغير قتال، يُصرف[٤] فى مصالح المسلمين[٥]، كما يصرف الخراج، قالوا[٦]: هو مثل الأراضى التى أجْلَوْا أهلها عنها[٧] والجزية[٨]، ولا خمس فى ذلك، وقال الشافعى: فيهما الخمس؛ اعتباراً بالغنيمة. ولنا ما روى[٩] أنه عليه السلام أخذ الجزية[١٠]، وكذا عمر[١١] ومعاذ[١٢]، ووضع فى بيت المال ولم يخمّس*، ولأنه مال مأخوذ بقوة المسلمين من غير قتالٍ، بخلاف الغنيمة لأنه[١٣] مملوك بمباشرة الغانمين، وبقوة المسلمين[١٤] فاستحق الخمس

(١) أى القدورى. (ب)

(٢) قوله: "وما أوجف المسلمون عليه" وجف الفرس، أو البعير عدا، وجيفا وأوجفه صاحبه إيجافًا، وقولهم: ما أوجف المسلمون عليه أى أعملوا خيلهم وركابهم فى تحصيله. (مغرب فى ترتيب المعرب)

(٣) بيانية.

(٤) بل بوقوع المرعب فى قلوبهم. (ع)

(٥) قوله: "فى مصالح المسلمين" من عمارة القناطير والجسور وسد الثغور، وكرى الأنهار العظام التى لا ملك لأحد فيها كجيحون، وأرزاق القضاة والمعلمين والمحتسبين، وحفظ الطريق. (ف)

(٦) أى مشايخنا. (ب)

(٧) قوله: "التى أجلوا أهلها عنها" يقال: أجلى السلطان القوم وجلاهم، يتعدى بلا همز أى أخرجهم. (ف)

(٨) بالجر. (عناية)

(٩) قوله: "ما روى إلخ" فإنه عليه الصلاة والسّلام أخذ الجزية من نصارى نجران، ومجوس هجر، وفرض الجزية على أهل اليمن من كل حالم ديناراً، ولم ينقل عنه فى ذلك أنه خمسه، بل كان بين جماعة المسلمين، ولو كان النقل ولو بطريق ضعيف على ما قضت به العادة، ومخالفة ما قضت به العادة باطلة، بل قد ورد فيه خلافه، وإن كان فيه ضعف. أخرجه أبو داود فى "سننه" عن أبى العدى بن عدى الكندى أن عمر بن عبد العزيز كتب على من سأله من مواضع الفيء أن ما حكم فيه عمر بن الخطاب هو أنه فرض الأعطية، وعقد لأهل الأديان ذمة بما فرض عليهم لم يضرب بخمس، ولا مغنم. (ف)

(١٠) يعنى من مجوس هجر، كذا قال شيخى.

(١١) أى من أهل السواد. (ب)

(١٢) أى من أهل اليمن. (ب)

* راجع نصب الراية ج٣ ص٤٣٧، والدراية ج٢، الحديث ٧٣٣ ص١٢٩. (نعيم)

(١٣) أى الغنيمة بتأويل المغنوم. (ب)

(١٤) بإلقاء الرعب فى قلوب الكفار. (ب)

بمعنى[١]، واستحقه[٢] الغانمون بمعنى[٣]، وفي هذا[٤] السبب واحد، وهو ما ذكرناه، فلا معنى لإيجاب الخمس.

وإذا دخل الحربي دارنا بأمان، وله امرأة في دار الحرب، وأولاد صغار وكبار، ومالٌ أودع بعضَه ذميًا، وبعضَه حربيًا، وبعضَه مسلمًا، فأسلم ههنا، ثم ظُهر على الدار[٥]، فذلك كله فيء. أما المرأة وأولاده الكبار فظاهر؛ لأنهم حربيون كبار، وليسوا[٦] باتباع، وكذلك ما في بطنها لو كانت حاملًا لما قلنا[٧] من قبل، وأما أولادُه الصغار فلأن الصغير إنما يصير مسلمًا تبعًا لإسلام أبيه[٨]، إذا كان في يده، وتحت ولايته، ومع تباين الدارين[٩] لا يتحقق ذلك، وكذا أمواله لا تصير محرزة بإحرازه نفسَه لاختلاف الدارين، فبقي الكل فيئًا وغنيمة[١٠].

وإن أسلم في دار الحرب، ثم جاء[١١] فظهر على الدار، فأولاده الصغار أحرار مسلمون تبعًا لأبيهم؛ لأنهم كانوا تحت ولايته حين أسلم؛ إذ

---

(١) وهو الرعب.

(٢) أي الباقي.

(٣) هو مباشرتهم القتال. (ب)

(٤) قوله: "وفي هذا" أي في ما أوجف المسلمون عليه السبب واحد، وهو الرعب بقوة المسلمين؛ لأنه لم يوجد السعي، وهو ما ذكرناه؛ إشارة إلى قوله: لأنه مال مأخوذ إلخ، فلا معنى لإيجاب الخمس. (ب)

(٥) أي في دار الإسلام. (ب)

(٦) أي البلوغ. (ب)

(٧) قوله: "لما قلنا" إشارة إلى ما قال في باب الغنائم بقوله: ولنا أنه جزء فيرق برقها. (ب)

(٨) وههنا أولاده في دار الحرب، وهو في دار الإسلام.

(٩) أي دار الإسلام ودار الحرب. (ب)

(١٠) قوله: "فبقي الكل فيئًا وغنيمة" فإن قلت: قوله عليه الصلاة والسلام: «عصموا مني دماءهم وأموالهم» يخالفه، قلت: هذا باعتبار الغلبة يعني المال الذي في يده، أو ما هو في معناه للعرف؛ لأن من دابّ الشرع بناء الحكم على الغلبة. (ب)

(١١) إلى دار الإسلام.

الدار واحدة. وما كان من مال أودعه مسلمًا[١]، أو ذميًا، فهو له؛ لأنه فى يد محترمة ويده كيده، وما سوى ذلك[٢] فىء، أما المرأة وأولاده الكبار، فلما قلنا[٣]، وأما المال الذى فى يد الحربى، فلأنه لم يصر معصومًا؛ لأن يد الحربى ليست يدًا محترمة.

وإذا أسلم الحربى فى دار الحرب، فقتله مسلم عمدًا أو خطأ، وله ورثة مسلمون هنالك، فلا شىء عليه إلا الكفارة فى الخطأ[٤].

وقال الشافعى: تجب الدية فى الخطأ، والقصاص فى العمد؛ لأنه أراق دمًا معصومًا[٥] لوجود العاصم، وهو الإسلام؛ لكونه[٦] مستجلبًا للكرامة، وهذا[٧] لأن العصمة أصلها المؤثمة[٨] لحصول أصل الزجر بها[٩]، وهى ثابتة إجماعًا[١٠]، والمقومة كمال فيه[١١] لكمال الامتناع به،

(١) قوله: "وما كان من مال أودعه إلخ" إنما قيد به لأنه إذا كان غصبًا فى أيديهم يكون فيئًا لعدم النيابة، وعند أبى يوسف ومحمد يجب أن لا يكون فيئًا، إلا ما كان غصبًا عند حربى على قياس ما أسلم الحربى فى دار الحرب، فلم يخرج حتى ظهر على الدار. فالجواب فيه إن كان وديعة عند حربى، أو غصبًا من مسلم أو ذمى، فهو فىء، وقالا: لا يكون فيئًا، كذا فى "الجامع الصغير" لفخر الإسلام. (ك)

(٢) قوله: "وما سوى ذلك" أشار به إلى المرأة وأولاده الكبار، والمال الذى غصبه مسلم أو ذمى، وما كان مودعًا عند حربى. (ب)

(٣) إشارة إلى قوله: حربيون كبار، وليسوا باتباع. (عناية)

(٤) قوله: "إلا الكفارة فى الخطأ" هذه هى الرواية المشهورة عن أبى يوسف وأبى حنيفة، وفى "الجامع الصغير" وغيره، وروى عن أبى حنيفة أنه قال: لا دية عليه، ولا كفارة من قبل أن الحكم لم يجر عليهم. (ب)

(٥) قوله: "لأنه أراق إلخ" تحقيقه أن العصمة تثبت نعمة وكرامة، فيتعلق بماله أثر فى استحقاق الكرامات، وهو الإسلام؛ إذ به يحصل السعادة الأبدية، لا بالدار التى هى جماد لا أثر لها فى استحقاق الكرامة. (ع)

(٦) أى لكون الإسلام جالبًا للكرامة وموجبًا لها.

(٧) قوله: "وهذا" أى وجوب الدية فى الخطأ، والقصاص فى العمد، إنما كان مبنيًا على وجوب العاصم الذى هو الإسلام؛ لأن العصمة إلخ. (عناية)

(٨) قوله: "أصلها المؤثمة" فإن من علم أنه يأثم بالقتل ينزجر عنه نظرًا إلى الجبلة السليمة عن الميل عن الاعتدال. (عناية)

(٩) أى بالعصمة المؤثمة.

(١٠) قوله: "إجماعًا" إذ لا قائل بالفصل، وبعدم الإثم على من قتل مسلمًا فى أىّ موضع كان. (ع)

فيكون وصفًا فيه، فيتعلق بما علق به الأصل[١].

ولنا قوله تعالى[٢]: ﴿فإن كان[٣] من قوم عدو لكم وهو[٤] مؤمن فتحريرُ رقبةٍ مؤمنة﴾ الآية، جعل[٥] التحرير كل الموجَب رجوعًا إلى حرف

---

(١١) قوله: "كمال فيه [أي في أصل العصمة]" وذلك لأنه إذا وجب الإثم والمال، كان ذلك أكمل، وأتم في المنع من الذي وجب فيه الإثم. (ك)

(١) قوله: "بما [وهو الإسلام] علق به الأصل [أي المؤثمة]" أي تتعلق المقومة بالإسلام كما تتعلق المؤثمة به، فيجب الدية، والكفارة في قتل الحربي الذي أسلم في دار الحرب، ولم يهاجر إلينا. (كفاية)

(٢) قوله: "ولنا قوله تعالى إلخ" توضيحه: أن الله تعالى قال في سورة النساء: ﴿ومن قتل مؤمنًا خطأً فتحرير رقبة مؤمنة﴾ الآية، يعني من قتل أحدًا من المؤمنين خطأً غير قاصد قتله بأن رمى سهمًا إلى صيد فوصله، ونحو ذلك، فعليه جزاءه شيئان: أحدهما: تحرير رقبة مؤمنة، ولا يجزئ كافرة، فإن لم يستطع على تحرير رقبة كذلك، فعليه صيام شهرين متتابعين. وثانيهما: أداء دية مسلمة إلى أهل المقتول إلا أن يعفو أولياء المقتول القاتل، فح يسقط عنه الدية، فقد جعل الله تعالى في هذه الآية تحرير رقبة جميع الموجب، فلا بد أن لا يجب غيره.

والدليل على أنه جعل كل الموجب أمران: أحدهما: أنه تعالى قال: ﴿فتحرير رقبة مؤمنة﴾ بحرف الفاء، والفاء للجزاء، والجزاء في اللغة بمعنى الكفاية، فيعلم أن التحرير كافٍ لا موجب غيره، كذا قرره جماعة من الشراح، وفيه نظر فإن الفاء ليست موضوعة لكلمة الجزاء التي بمعنى الكفاية حتى يستفاد منها كفاية ما ذكر.

فالأولى أن يقرر بأن الفاء موضوع للجزاء، فكان الله تعالى قال: ﴿ومن قتل مؤمنا خطأً فجزاءه تحرير رقبة مؤمنة﴾، فكان لفظ الجزاء مقدرًا في الكلام مأخوذًا من حرف الفاء، والجزاء بمعنى الكفاية، فأفاد أنه الكافي، فإن قلت: قد يكون لشيء واحد جزاءان، أو أجزية. قلت: لا كلام في ذلك، وإنما الكلام في أنه تعالى لما جعل التحرير جزاء للقتل، ولم يذكر غيره، أفاد أن هذا الجزاء المذكور هو الكافي، ولو كان له جزاء آخر لم يصح جعله التحرير جزاء؛ لأنه ح لا يصح أن يقال للتحرير الذي هو أحد الأجزية: إنه جزاء أي كافٍ للقتل.

وثانيهما: أنه تعالى ذكر في جزاء القتل التحرير فقط، ولم يذكر غيره، فصار كل المذكور، وأفاد أنه الجزاء لا غير؛ لأنه لو كان له جزاء غيره أيضًا لذكره أيضًا؛ لأن المقام مقام البيان والإيضاح، ومن المعلوم أن السكوت في معرض البيان بيان، ولعلك تتفطن من ههنا الفرق بين التقريرين، وهو أن التقرير الأول مبني على لفظ الفاء.

والثاني مبني على كونه مذكورًا دون غيره مع قطع النظر عن إطلاق الجزاء عليه، والمقصود منهما واحد، وهو إثبات التحرير للقتل فقط، وانتفاء غيره هذا. (مولوي محمد عبد الحي نور الله مرقده)

قوله: "ولنا قوله تعالى إلخ" قال الله تعالى: ﴿وما كان لمؤمن أن يقتل مؤمنا إلا خطأً﴾ استثناء منقطع أي لكن إن وقع خطأً ﴿ومن قتل مؤمنًا خطأً فتحرير رقبة مؤمنة﴾ أي فعليه إعتاق رقبة مؤمنة وكفارة ﴿ودية مسلمة إلى أهلها﴾ أي أهل القتيل الذين يرثونه إلا أن يصدقوا أي يتصدقوا بالدية، ﴿فإن كان من قوم عدو لكم وهو مؤمن فتحرير رقبة مؤمنة﴾ أراد به إذا كان الرجل في دار الحرب منفردًا مع الكفار، وهو مسلم، فقتله من لا يعلم إسلامه، فلا دية عليه، وعليه الكفارة. (معالم التنزيل)

(٣) أي المقتول. (ف)

(٤) الواو حالية.

(٥) أي الله تعالى.

الفاء[١]، أو إلى كونه كل المذكور[٢]، فينتفي غيره، ولأن العصمة المؤثمة[٣] بالآدمية[٤]؛ لأن الآدمي خُلق متحملا أعْبَاء[٥] التكليف، والقيام بها بحرمة التعرض، و الأموالُ تابعة لها[٦].

أما المقومة فالأصل فيها الأموال؛ لأن التقوم يؤذن[٧] بجبر الفائت، وذلك[٨] في الأموال دون النفوس؛ لأن من شرطه التماثل، وهو في المال

(١) قوله: "رجوعًا إلى حرف الفاء" قرره صاحب "العناية" و "الكفاية" وتبعهما العيني في "البناية" بأن الفاء للجزاء، وهو اسم لما يكون كافيًا يقال: جزى أي كفى، فعلم أن تحرير الرقبة كافٍ في كونه موجبًا.
وردهم ابن الهمام، ونسب هذا التقرير إلى السهو؛ لأن المراد بقول النحاة: الفاء للجزاء أنها دالة على أن ما بعدها مسبب عما قبلها، فسمي السبب جزاء اصطلاحًا، لا أن الفاء موضوع للفظ الجزاء الذي هو بمعنى الكفاية لغةً، كما لا يخفى. وعندي أنه ليس المراد من قولهم: الجزاء بمعنى الكفاية أن لفظ الجزاء الموضوع له للفاء بمعنى الكفاية، فينتفي غيره حتى يرد عليه ما أورده ابن الهمام، ويكون تقريرهم سهوًا، بل غرضهم أن الفاء ههنا لبيان جزاء القتل، فمعنى قوله تعالى: ﴿فتحرير رقبة﴾ فجزاءه تحرير رقبة، والجزاء بمعنى الكفاية إلخ، هذا غاية ما يقال لتصحيح الكلام، والعلم عند العزيز العلام. (مولوي محمد عبد الحي نور الله مرقده)

(٢) قوله: "أو إلى كونه كل المذكور" لأنه لم يذكر غيره، وذلك يقتضي انتفاء غيره؛ لأن قصد الشارع في مثله إخراج العبد عن عهدة الحكم المتعلق بالحادثة، ولا يتحقق ذلك إلا ببيان كل الحكم بلا إخلال، فلو كان غيره من تتمة الحكم لذكره. (عناية)

(٣) قوله: "ولأن العصمة إلخ" دليل معقول على عدم العصمة المقومة الموجبة للدية في دار الحرب، ومشتمل على بيان أن المقومة ليست بوصف كمال في العصمة المؤثمة حتى تكون تابعة لها.
وبيان ذلك أن الآدمي خلق متحملا لأعباء التكاليف أي بإتيانها، ومن خلق لشيء وجب عليه القيام به، فالآدمي وجب عليه القيام بأعباء التكاليف، والقيام بها بحرمة التعرض أي إنما يتحقق له القيام بها إذا كان التعرض له حراما، فالآدمي وجب أن يكون حرام التعرض مطلقًا إلا أن الله تعالى أبطل ذلك في الكافر بعارض الكفر، فإذا زال الكفر بالإسلام، عاد إلى الأصل، والأموال تابعة لها أي للآدمية التي تثبت العصمة المؤثمة؛ لأنها خلقت في الأصل مباحة، وإنما صارت معصومة لتمكن الآدمي من الانتفاع بها في حاجته. (عناية)

(٤) لا بوصف الإسلام، كما زعمه الخصم. (ن)

(٥) أي لأثقاله جمع عبء بالكسر. (عناية)

(٦) فوجوب الكفارات تبعًا للزجر.

(٧) أي يشعر.

(٨) قوله: "وذلك" أي جبر الفائت في الأموال دون النفوس؛ لأنه إنما يحصل بالمثل صورة ومعنى، أو معنى فقط، ولا مماثلة بين النفوس، وما يجبر به لا صورة ولا معنى على ما عرف في الأصول، فكانت النفوس تابعة للأموال في العصمة، ومن ههنا علم أن المؤثمة أصل مستقل في شيء، والمقومة أصل مستقل في شيء آخر، وليس أحدهما بكمال الآخر، ولا وصف زائد عليه. (عناية)

دون النفس، فكانت النفوس تابعة[١]، ثم العصمة المقومة[٢] فى الأموال بالإحراز بالدار[٣]؛ لأن العزة بالمنعة[٤]، فكذلك فى النفوس إلا أن الشرع[٥] أسقط اعتبار منعة الكفرة؛ لما أنه أوجب إبطالها[٦]، والمرتد[٧] والمستأمن فى دارنا من أهل دارهم حكمًا لقصدهما الانتقال إليها[٨].

ومن قتل مسلمًا خطأً لا ولى له، أو قتل حربيًا دخل إلينا بأمان، فأسلم، فالدية على عاقلته[٩] للإمام، وعليه[١٠] الكفارة؛ لأنه قتل نفسًا معصومةً خطأً، فيعتبر بسائر النفوس المعصومة، ومعنى قوله[١١] للإمام: إن حق الأخذ له؛ لأنه لا وارث له.

وإن كان عمدًا، فإن شاء الإمام[١٢] قتله، وإن شاء أخذ الدية؛

(١) للأموال.

(٢) مبتدأ.

(٣) خبر، لأنها عزة، والعزة بالمنعة.

(٤) قوله: "بالمنعة [فلا يجب القصاص والدية فى ما نحن فيه]" أى بمنعة المسلمين؛ لأن التقويم ينبئ عن خطر المحل، وهو إنما يثبت إذا كان ممنوعًا عن الأخذ، فإن ما تصل إليه الأيدى بلا منازع لا يكون خطيرا كالماء والتراب، فعلقنا التقويم بالإحراز. (ع)

(٥) قوله: "إلا أن الشرع إلخ" جواب من قال: المسلم الذى أسلم فى دار الحرب له منعة أيضًا، وهم الكفار. (ك)

(٦) قوله: "لما أنه أوجب إبطالها" أى أن الشرع سلطنا على إبطال منعة الكفرة، وإذا لم توجد المنعة لا يوجب الإحراز، وإذا لم يوجد الإحراز لا يوجد المقومة، فلا تجب الدية. (ب)

(٧) قوله: "والمرتد والمستأمن إلخ" جواب عما يقال: إن المرتد والمستأمن محرز بدار الإسلام، فيجب أن يتقوما، وليس كذلك حتى لا يجب الدية بقتلهما. (ب)

(٨) أى إلى دار الحرب.

(٩) قوله: "فالدية على عاقلته [أى القاتل]" وفى بعض النسخ: العاقلة، ووجهه: أما فى المسلم: فلقوله تعالى: ﴿ومن قتل مؤمنًا خطأً﴾ الآية، وأما فى المستأمن: فلأنه لما أسلم صار من أهل دارنا، فصار حكمه حكم سائر المسلمين. (ب)

(١٠) أى القاتل.

(١١) أى قول محمد.

(١٢) أى بطريق الصلح. (ك)

لأن النفس معصومة، والقتل عمد، والولى معلوم، وهو العامة، أو السلطان[١] قال عليه السّلام[٢]: «السلطان ولى من لا ولى له»*.

وقوله[٣]: وإن شاء أخذ الدية معناه بطريق الصلح؛ لأن موجب العمد، وهو القودُ[٤] عينًا، وهذا[٥] لأن الدية أنفع فى هذه المسألة من القود، فلهذا كان له ولاية الصلح على المال.

فليس له[٦] أن يعفو؛ لأن الحق للعامة[٧]، وولايته[٨] نظرية[٩]، وليس من النظر إسقاطُ حقهم من غير عوض.

باب العشر والخراج[١٠]

قال[١١]: أرض العرب كلها أرض عشر، وهى[١٢] ما بين العُذيب[١٣]

---

(١) قوله: "أو السلطان" اعترض عليه بأن التردد فى من له ولاية القصاص يوجب سقوطه كما فى المكاتب إذا قتل عن وفاء، وله وارث، وأجيب بأن الإمام ههنا نائب عن العامة، فصار كأن الولى واحد، بخلاف مسألة المكاتب. (عناية)

(٢) أخرجه أبو داود. (ت)

* راجع نصب الراية ج٣ ص٤٣٧، ولم يخرّج الحافظ ابن الحجر فى الدراية. (نعيم)

(٣) أى محمد.

(٤) القصاص.

(٥) أى جواز أخذ الدية. (ب)

(٦) أى للإمام.

(٧) أى عامة الناس.

(٨) أى الإمام.

(٩) ولا نظر فى العفو. (ب)

(١٠) قوله: "باب العشر والخراج" لما ذكر ما يصير به المستأمن ذميا ذكر ما يعرضه من الوظائف المالية إذا صار ذميا، وهو فى أرضه ورأسه، وفى تفاريعهما كثرة، فأوردهما فى بابين، وقدم ذكر العشر؛ لأن فيه معنى العبادة، وهو لغة جزء واحد من العشرة. والخراج ما يخرج من نماء الأرض، أو نماء الغلام، وسمى به ما يأخذه السلطان من وظيفة الأرض والرأس، وحدّد الأراضى العشرية والخراجية أولاً لأنه أضبط، فقال: أرض العرب كلها إلخ. (ف)

(١١) أى القدورى

إلى أقصى حِجر باليمن[1] بمَهْرة[2] إلى حد الشام، والسوادُ أرضُ خراج، وهو ما بين العُذَيب إلى عَقَبة حُلْوان، ومن الثَّعْلبية.

ويقال: من العلث إلى عبّادان[3]؛ لأن النبى عليه السلام والخلفاء الراشدين لم يأخذوا[4] الخراج من أراضى العرب*، ولأنه بمنزلة الفىء، فلا يثبت فى أراضيهم[5] كما لا يثبت فى رقابهم، وهذا[6] لأن وضع الخراج من شرطه أن يُقَرَّ أهلُها على الكفر، كما فى سواد العراق،

(١٢) قوله: "وهى" أى أرض العرب، وفى بعض النسخ وهو قال الإنزارى: ذكره بالنظر إلى خبره ما بين عذيب بضم العين المهملة وفتح الذال المعجمة وبالباء الموحدة ماء التميم إلى أقصى حجر باليمن، وهو بفتحتين يعنى الصخر؛ لأنه وقع فى أمالى أبى يوسف الصخر موضع الحجر. ويظهر من ذلك أن من روى بسكون الجيم، و فسره بالجانب، فقد حرف بمهرة إلى حد الشام بفتح الميم وسكون الهاء اسم قبيلة، أو رجل ينسب إليها الإبل المهرية، وسمى ذلك المقام به، فيكون بدلا من قوله: باليمن، وهذا طول أرض العرب. وأما عرضها فمن رمل عالج إلى مشارق الشام أى قراها، والسواد أرض خراج أى أرض سواد العراق أى قراها به صرح التمرتاشى، وسمى السواد به لخضرة أشجاره وزروعه، وهو أى السواد ما بين العذيب إلى عقبة حلوان بضم الحاء اسم بلد.

وقال الإنزارى: المراد من السواد المذكور سواد كوفة، وهو سواد العراق وحده من العذيب إلى عقبة حلوان عرضاً، ومن العلث إلى عبادان طولاً. وقال المصنف: ومن الثعلبية، ويقال: من العلث بفتح العين وسكون اللام وبالثاء المثلثة قرية موقوفة على العلوية، وهو أول العراق شوقى دجلة إلى عبادان بفتح العين وتشديد الباء الموحدة حصن صغير على شط البحر.

قال الإنزارى: ما قيل: إنه من الثعلبية إلى عبادان، فغلط؛ لأنهامن منازل البادية بعد العذيب بكثير. (ب)

(١٣) أى إلى آخر جزء من أجزاء اليمن. (ف)

(١) قوله: "إلى أقصى حجر باليمن" هذا طولها، ومن يبرين والدهناء ورمل عالج أسماء مواضع إلى مشارق الشام وعرضها. (عناية)

(٢) بدل من قوله: باليمن. (عناية)

(٣) قوله: "إلى عبادان" جزيرة مشهورة تحت البصرة مقصودة للزيارة، وكان قديماً من ثغور المسلمين، ويروى فى فضائلها أحاديث غير ثابتة، كذا قال الحازمى فى "المؤتلف والمختلف"، والعذيب منزل لحاج العراق قريب من الكوفة، وهو حد السواد. (تهذيب الأسماء واللغات للنووى)

(٤) قوله: "لم يأخذوا [ليس له أصل فى كتب الحديث] الخراج من أراضى العرب [والأرض لا تخلو من أحد الحقين، فعلم أنها عشرية. ب]" لأنه لو فعله لقضت العادة بنقله، ولو بطريق ضعيف، فلما لم ينقل دل قضاء العادة على أنه لم يقم. (ف)

* راجع نصب الراية ج٣ ص٤٣٨، والدراية ج٢، الحديث ٧٣٤ ص١٣٠. (نعيم)

(٥) أى العرب.

(٦) أى عدم وضعه على العرب. (ب)

ومشركو العرب لا يقبل منهم إلا الإسلام أو السيف[١]، وعمر حين فتح السواد[٢] وضع الخراج عليها[٣] بمحضر من الصحابة، ووضع على مصر[٤] حين افتتحها عمرو ابن العاص، وكذا اجتمعت الصحابة على وضع الخراج على الشام[٥].

قال[٦]: وأرض السواد مملوكة لأهلها يجوز بيعهم لها، وتصرفهم فيها؛ لأن الإمام إذا فتح أرضا عَنْوَةً وقهراً[٧]، له أن يقر أهلها عليها، ويضع عليها وعلى رؤوسهم الخراج، فتبقى الأراضي مملوكة لأهلها، وقد قدمناه[٨] من قبل.

قال: وكل أرض أسلم أهلُها، أو فتحت عَنْوة، وقُسِمَتْ بين الغانمين، فهي أرض عشر؛ لأن الحاجة إلى ابتداء التوظيف على المسلم، والعشر أليق به؛ لما فيه من معنى العبادة[٩]، وكذا هو أخفّ حيث يتعلق[١٠] بنفس الخارج. وكل أرضٍ فُتحت عَنْوةً، فأقر أهلُها عليها، فهي أرض خراج، وكذا إذا صالحهم؛ لأن الحاجة إلى ابتداء التوظيف على الكافر، والخراج[١١]

(١) كما ثبت في بعض الأحاديث.

(٢) كان فتحه علي يد سعد بن أبي وقاص. (ب)

(٣) قوله: "وضع الخراج عليها" قلت: روى أبو عبيد القاسم بن سلام في "كتاب الأموال": عن إبراهيم قال: لما افتتح المسلمون سواد العراق، قالوا لعمر: اقسمه بيننا، فإنا فتحناه عنوة فأبى، وقال: ما لمن جاء بعدكم من المسلمين، فأقر أهل السواد في أراضيهم، وضرب عليهم الجزية، وعلى أراضيهم الخراج، انتهى. (ت)

(٤) قوله: "ووضع على مصر" قلت: رواه ابن سعد في "الطبقات" في ترجمة عمرو. (ت)

(٥) هذا معروف بينهم. (ف)

(٦) أي القدوري.

(٧) عطف تفسير. (ب)

(٨) أي في باب قسمة الغنائم. (ب)

(٩) ولهذا يصرف مصرف الصدقات. (ب)

(١٠) لا بالتمكن كما في الخراج.

(١١) قوله: "والخراج أليق" لأن فيه معنى العقوبة للتعلق بالتمكن من الزراعة، وإن لم يزرع. (ف)

أليق به، ومكة مخصوصة من هذا، فإن رسول الله عليه السلام[1] فتحها عنوةً، وتركها لأهلها، ولم يُوظّف الخراج*.

وفي "الجامع الصغير"[2]: كل أرض فتحت عنوةً، فوصل إليها ماء الأنهار، فهي أرض خراج[3]، وما لم يصل إليها ماء الأنهار واستُخرج منها عينٌ، فهي أرض عشر؛ لأن العشر يتعلق بالأرض النامية، ونماءها بمائها، فيعتبر السقي بماء العشر، أو بماء الخراج.

قال[4]: ومن أحيا أرضًا مواتًا، فهي عند أبي يوسف معتبرة بحيزها، فإن كانت من حيز أرض الخراج، ومعناه[5] بقربه، فهي خراجية، وإن كانت من حيز أرض العشر، فهي عشرية.

والبصرة عنده[6] كلها عشرية بإجماع الصحابة[7]؛ لأن[8] حيز الشيء يعطى له حكمه كفناء الدار يُعْطى له حكم الدار حتى يجوز لصاحبها الانتفاع به[9]. وكذا لا يجوز أخذ ما قرب من العامر[10]، وكان القياس في

(١) قلت: أخرجه البخاري ومسلم. (ب)

* راجع نصب الراية ج٣ ص٤٣٩، والدراية ج٢، الحديث ٧٣٥ ص١٣٠. (نعيم)

(٢) قوله: "وفي الجامع الصغير" قد علم من عادة المصنف أنه إذا وقعت مخالفة بين القدوري و "الجامع الصغير" بزيادة أو نقصان يقول بعد لفظ القدوري، وفي "الجامع الصغير" إلخ، وههنا المخالفة ظاهرة. (ف)

(٣) قوله: "فهي أرض خراج" سواء قسمت بين الغانمين، أو أقر أهلها عليها، ولهذه الفائدة ذكر لفظ الجامع. (ع)

(٤) أي القدوري.

(٥) أي معنى قول القدوري. (ب)

(٦) أي عند أبي يوسف.

(٧) كذا ذكره أبو عمرو بن عبد البر. (ف)

(٨) هذا دليل لمذهب أبي يوسف. (ب)

(٩) قوله: "حتى يجوز إلخ" أي حتى يجوز لصاحب الدار الانتفاع بفناء داره، وإن لم يكن الفناء ملكًا له لاتصاله بملكه، وقد ذكر في "المبسوط": أنه لو قال المستأجر للأجراء: هذا فنائي ليس لي فيه حق الحفر، فحفروا فيه بئرا، فمات فيه إنسان، فالضمان على الأجراء قياسًا، وفي الاستحسان: لا ضمان؛ لأن كونه فناء له بمنزلة كونه مملوكا لهم لإطلاق يده في التصرف فيه من إلقاء الطين والحطب، وربط الدواب وبناء الدكان.

(١٠) قوله: "وكذا لا يجوز أخذ ما قرب من العامر [آبادي]" وفي بعض النسخ: إحياء ما قرب من العامر؛

البصرة[1] أن تكون خراجية؛ لأنها ن حيز أرض الخراج، إلا أن الصحابة وظّفوا عليها العشر، فتُرِك القياس لإجماعهم.

وقال محمد: إن أحياها ببئر حفرها، أو بعينٍ استخرجها، أو ماء دجلة[2] والفرات، والأنهار العظام التى لا يملكها أحدٌ، فهى عشرية، وكذا[3] إن أحياها بماء السماء[4]، وإن أحياها بماء الأنهار التى احتفرها الأعاجم مثل نهر الملك[5]، ونهر يَزْدجَرَد، فهى خراجية؛ لما ذكرنا من اعتبار الماء[6]؛ إذ هو السبب للنماء، ولأنه لا يمكن توظيف الخراج[7] ابتداء على المسلم كرهًا، فيعتبر فى ذلك الماء؛ لأن السقى بماء الخراج دلالة التزامية[8]. قال: والخراج[9] الذى وضعه عمر على أهل السواد من كل

لأن لأهل العامر حق الانتفاع فيما قرب من العامر. (ب)

(١) قوله: "وكان القياس [أى عند أبى يوسف] إلخ" لا يظن فى هذا القول التكرار؛ لأن الأول رواية القدورى، وهذا شرح لذلك. (ع)

(٢) قوله: "أو ماء دجلة" هى نهر معروف بالعراق بكسر الدال وسكون الجيم، ولا يدخلها الألف واللام، قال أبو الفتح الهمدانى: يجوز أن يكون مشتقة من قولهم: بعير مدجل أى مطلى بالقطران طليًا كثيرًا، وبذلك سمى الدجال؛ لأنه مطلى بالكفر والعناد، ويجوز أن يكون مشتقة بمعنى الكثرة.
والفرات بضم الفاء والتاء الممدودة فى الخط فى حالتى الوصل والوقف: وهو النهر المعروف بين الشام والجزيرة، وربما قيل: بين الشام والعراق. قال الحازمى فى "المؤتلف والمختلف فى أسماء الأماكن": مطلع الفرات من بلاد الروم، ومنقطعه فى أعمار البصرة. (تهذيب الأسماء واللغات للنووى)

(٣) أى هى عشرية.

(٤) أى المطر النازل من السماء. (عناية)

(٥) قوله: "مثل نهر الملك [وهو على طريق الكوفة من البغداد. عناية]" المراد به كسرى نوشيروان ابن قباد، وكان جميع ملكه سبعا وأربعين سنة، ويزدجرد هو آخر ملوك العجم، وقتل فى سنة إحدى وثلاثين فى خلافة عثمان. (ب)

(٦) إشارة إلى قوله: لأن العشر يتعلق بالأرض النامية، ونماءها بماء. (عناية)

(٧) قوله: "ولأنه لا يمكن إلخ" علم منه أن المراد بموضوع المسألة أعنى قوله: من أحيا أرضا مواتا إلخ المسلم، ولا بد من ذلك إذ لو أحياها ذمى كانت خراجية سواء سقاها عند محمد بماء السماء ونحوه أو لا، وسواء كانت عند أبى يوسف من حيز أرض الخراج، أو العشر. وظهر منه أيضًا أن كون المسلم لا يبدأ عليه الخراج، كما ذكره محمد فى "الزيادات": هو فى ما إذا لم يكن له صنع يستدعى ذلك هو السقى بماء الخراج. (ف)

(٨) أى على التزام الخراج. (ب)

جريب[1] يبلغه[2] الماء قفيز هاشمي[3] -وهو الصاع[4] ودرهم- ومن جريب الرطبة[5] خمسة دراهم، ومن جريب الكَرم المتصل[6]، والنخيل المتصل عشرة دراهم، وهذا هو المنقول عن عمر[7]، فإنه بعث عثمان ابن حُنيف حتى يمسح سواد العراق، وجَعَلَ حذيفة مُشرفًا، فمسح فبلغ ستًّا وثلاثين ألف ألف جريب، ووضع على ذلك ما قلنا[8].

وكان ذلك بمحضر من الصحابة من غير نكير، فكان إجماعًا منهم، ولأن المؤن[9] متفاوتة، فالكرم أخفّها مؤنة[10]، والمزارع أكثرُها مؤنة[11]،

---

(٩) مبتدأ.

(١) قوله: "من كل جريب [موصوف]" هو أرض طولها ستون ذراعا بذراع الملك كسرى يزيد على ذراع العامة بقبضة، وهى ست قبضات وذراع الملك سبع قبضات، كذا فى "المغرب"، وذكر التمرتاشى أن طول الجريب ستون ذراعًا، وعرضه ستون ذراعًا. (ت)

(٢) صفة.

(٣) خبر.

(٤) قوله: "وهو الصاع" قال الإنزارى فى "غاية البيان": اعلم أن القفيز الواجب في الخراج مطلق عن قيد الهاشمي، والحجاجى فى أكثر نسخ الفقه كالكافى للحاكم الشهيد، والشامل، وشروح "الجامع الصغير". وقال الولوالجى فى فتاواه: القفيز هو الحجاجى ثمانية أرطال، وهو صاع رسول الله ﷺ، وكذلك قال فى "خلاصة الفتاوى": فإذا كان الحجاجى هو صاع رسول الله ﷺ فكيف يقيده صاحب "الهداية" بالهاشمى، وهو اثنان وثلاثون رطلا. وقال محمد: القفيز قفيز الحجاج، وهو ربع الهاشمي، وهو مثل الصاع الذى كان فى عصر رسول الله ﷺ ثمانية أرطال، وقال الإنزارى أيضًا: المراد من القفيز الواجب قفيز ما يزرع فيها، كذا فى "شرح الطحاوى"، وقال الإمام ظهير الدين: إنه قفيز من حنطة أو شعير، والمراد من الدرهم درهم وزن سبعة. (ب)

(٥) قوله: "ومن جريب الرطبة" هو بفتح الراء، والجمع رطاب وهو القثاء والبطيخ والبازنجان، وما يجرى مجراه، كذا فى "المغرب". (ب)

(٦) قوله: "ومن جريب الكرم [انگور] المتصل" قيد بالاتصال؛ لأنها لو كانت متفرقة فى جوانب الأرض، ووسطها مزروعة، لا شيء فيها، بل المعتبر وظيفة عمر فى الزرع، ولو كانت الأشجار ملتفة بحيث لا يمكن زرع أرضها فهى كرم، ذكره فى "الظهيرية". (ف)

(٧) قلت: رواه أبو عبيد القاسم بن سلام فى "كتاب الأموال" وابن أبى شيبة. (ت)

(٨) قوله: "ووضع على ذلك ما قلنا" قال الشارح: إنه سهو بل يقال: ووضع ذلك على ما قلنا أى وضع الخراج، ولا يخفى أن مرجع الإشارة الست وثلاثون ألف ألف أى وضع عليها المقادير التى ذكرناها، ولا ينسب قائل هذا إلى السهو. (ف)

(٩) قوله: "ولأن المؤن" بضم الميم وفتح الهمزة جمع مؤنة بفتح الميم وضم الهمزة، وفي "المغرب": المؤنة الثقل، وقال الجوهري: المؤنة تهمز، ولا تهمز، وهى فعولة، وقال الفراء: هى مفعلة من الأون، وهو التعب

والرِّطاب بينهما[١]، والوظيفة تتفاوت بتفاوتها، فجُعِل الواجب فى الكرم أعلاها[٢]، وفى الزرع أدناها[٣]، وفى الرطبة أوسطها[٤].

قال[٥]: وما سوى ذلك من الأصناف كالزعفران[٦] والبستان وغيره يُوضع عليها بحسب الطاقة[٧]؛ لأنه ليس فيه توظيف عمر، وقد اعتبر الطاقة فى ذلك[٨]، فنعتبرها فيما لا توظيف فيه. قالوا[٩]: ونهاية الطاقة أن يبلغ الواجبُ نصف الخارج لا يزاد عليه[١٠]؛ لأن التنصيف عين الإنصاف؛ لما كان لنا أن نقسم الكل بين الغانمين. والبستان كل أرْض يحوطها حائط[١١]، وفيها نخيل متفرقة، وأشجار أُخر، وفى ديارنا[١٢]

والشدة، ويقال: من الأون، وهو الخروج والعدل؛ لأنه ثقل على الإنسان. (ب)

(١٠) قوله: "فالكرم أخفها [أى الأشياء التى وضع عليها الخراج] مؤنة" يعنى وأكثر ريعا؛ لأنه يبقى على الأبد بلا مؤنة. (عناية)

(١١) قوله: "أكثرها مؤنة" لاحتياجها إلى الزراعة، وإلقاء البذر. (ع)

(١) قوله: "والرطاب بينهما [الزرع والكرم]" لأنها تبقى أعوامًا، ولا تدوم دوام الكرم، فكانت مؤنتها فوق مؤنة الكرم دون مؤنة الزرع. (ع)

(٢) وهو عشرة دراهم.

(٣) أى صاع ودرهم.

(٤) أى خمسة دراهم.

(٥) أى القدورى.

(٦) قوله: "أى كأرض الزعفران. (ب)

(٧) قوله: "بحسب الطاقة" فينظر فى ذلك كله إلى الغلة، فإن لم تبلغ سوى غلة الزرع يؤخذ قدر خراج غلة الزرع، أو الرطبة يؤخذ خراج الرطبة، أو الكرم يؤخذ خراج الكرم. (ف)

(٨) أى فى التوظيف.

(٩) أى مشايخنا.

(١٠) قوله: "لا يزاد عليه" قال فخر الإسلام البزدوى: ألا ترى إلى أنه قال فى "كتاب العشر والخراج" و"السير الكبير": فى أرض لم يخرج من غلتها إلا قدر قفيزين ودرهمين، وهى جريب أن خراجها قفيز ودرهم، وهذا لأنا لما ظفرنا بهم وسعنا أن نسترقهم ونقسم أموالهم، فإذا مننا عليهم، وقاطعناهم على نصف الخراج، كان التنصيف هو الإنصاف. (ب)

(١١) أى تكون حواليها حيطان.

(١٢) قوله: "وفى ديارنا" أى ديار صاحب "الهداية"، وهى فرغانة، ويقال له: الفرغانى والمرغينانى،

وظفوا من الدراهم في الأراضي كلها، وترك كذلك؛ لأن التقدير يجب أن يكون بقدر الطاقة[١] من أي شيء كان.

قال[٢]: فإن لم تُطق[٣] ما وُضعَ عليها نقصهم الإمامُ، والنقصان عند قلة الريع[٤] جائز بالإجماع، ألا ترى إلى قول عمر[٥]: لعلكما[٦] حملتما الأرض ما لا تطيق، فقالا: لا، بل حملناها ما تطيق، ولو زدناها لأطاقت، وهذا[٧] يدل على جواز النقصان. وأما الزيادة عند زيادة الريع يجوز عند محمد؛ اعتباراً بالنقصان، وعند أبي يوسف: لا يجوز؛ لأن عمر لم يزد حين أُخبر بزيادة الطاقة[٨]. وإن غلب على أرض الخراج الماء[٩]، أو انقطع الماءُ عنها، أو اصطلم[١٠] الزرعَ آفةٌ[١١]، فلا خراج

وفرغانة بفتح الفاء وسكون الراء، ومرغينان من بلاد فرغانة. (ب)

(١) أي من أي جنس كان.

(٢) أي القدوري.

(٣) قوله: "فإن لم تطق [أي الأرض وعدم الإطاقة عبارة عن قلة الريع. ب]" أي بأن لم يبلغ الخارج ضعفه نقص الإمام إلى نصفه، كذا أفاده في "الخلاصة" حيث قال: فإن كانت الأراضي لا تطيق أن يكون الخراج خمسة بأن كان الخارج لا يبلغ عشرة يجوز أن ينقص حتى يصير نصف الخارج، انتهى. وفي هذا لا فرق بين الأراضي التي وظف عليها عمر، أو إمام آخر، ثم نقص أو غيرها، وأجمعوا على أنه لا تجوز الزيادة على وظيفة عمر في الأراضي التي وظف فيها، أو إمام آخر مثل وظيفته إذا زادت الغلة، ذكره في "الكافي".

وأما في بلد أراد الإمام أن يبتدأ فيها التوظيف، فعندهما لا يزيد، وقال محمد: يزيد، وهو قول مالك وأحمد، ورواية عن أبي يوسف. (ف)

(٤) الريع بالفتح النماء والزيادة، والمراد به ههنا الغلة. (ب)

(٥) قوله: "ألا ترى إلى قول عمر إلخ" قلت: أخرجه البخاري في كتاب فضائل الصحابة: عن عمرو ابن ميمون قال: "رأيت عمر قبل أن يصاب بأيام بالمدينة وقف على حذيفة وعثمان بن حنيف، فقال: كيف فعلتما أتخافان أن تكونا حملتما الأرض ما لا تطيق، قالا: حملناها أمراً هي مطيقة له، قال: انظرا أن تكونا حملتما ما لا تطيق، قالا: لا" الحديث بطوله. (ت)

(٦) خطاب لحذيفة وابن حنيف.

(٧) أي قوله: لو زدناها لأطاقت. (ب)

(٨) قوله: "حين أخبر بزيادة الطاقة" قلت: تقدم في الحديث الذي قبله، وروى عبد الرزاق عن إبراهيم قال: جاء رجل إلى عمر فقال: أرض كذا وكذا تطيقون أكثر مما عليهم، فقال عمر: ليس إليهم سبيل. (تخريج الزيلعي)

(٩) فلم يخرج الأرض شيئًا بسبب غلبة الماء، أو انقطاعه.

عليه[1]؛ لأنه فات التمكن[2] من الزراعة، وهو النماء التقديرى[3] المعتبر فى الخراج، وفيما إذا اصطلم الزرع آفة فات النماء التقديرى فى بعض الحَول، وكونه ناميًا فى جميع الحول شرط، كما فى مال الزكاة[4]، أو يدار الحكم على الحقيقة[5] عند خروج الخارج.

قال: وإن عطلها صاحبُها، فعليه الخراج؛ لأن التمكن كان ثابتًا، وهو الذى فوّته[6] قالوا[7]: من انتقل إلى أخسّ الأمرين[8] من غير عذر، فعليه الخراج الأعلى[9]؛ لأنه هو الذى ضيع الزيادة[10]، وهذا يُعرف[11]،

---

(١٠) قوله: "أو اصطلم" الاصطلام القطع من الأصل أى استأصلته آفة. (ب)

(١١) حر شديد أو برد شديد. (ع)

(١) قوله: "فلا خراج عليه" قال الكاكى: قال مشايخنا ما ذكر فى الكتاب: بأن الخراج يسقط بالاصطلام محمول على ما إذا لم يبقَ من السنة مقدار ما يمكن أن يزرع الأرض ثانيًا، أما إذا بقى لا يسقط الخراج، ذكره فى "شرح الطحاوى". (ب)

(٢) قوله: "لأنه فات التمكن" وهذا بخلاف الأجر، فإنه يجب بقدر ما كانت الأرض مشغولة بالزرع؛ لأن الأجر عوض المنفعة، فبقدر ما استوفى يجب، أما الخراج فهو واجب بقدر الربع، فلا يمكن إيجابه بعد ما اصطلم الزرع آفة. (ك)

(٣) احتراز عن العشر، فإن المعتبر فيه النماء الحقيقى، فلو تمكن على الزراعة، ولم يزرع لا يجب العشر، ويجب الخراج.

(٤) قوله: "كما فى مال الزكاة" فإن من اشترى جارية للتجارة، فمضى عليها ستة أشهر، ثم نواها للخدمة سقطت الزكاة. (عناية)

(٥) قوله: "أو يدار الحكم إلخ" يعنى أن النماء التقديرى كان قائمًا مقام الحقيقى، فلما وجد الحقيقى تعلق الحكم به؛ لكونه الأصل، وقد هلك فيهلك معه الخراج. (عناية)

(٦) قوله: "وهو الذى فوته" قال التمرتاشى: هذا إذا كانت الأرض صالحة، والمالك متمكن، أما إذا عجز المالك لعدم قوته وأسبابه، فللإمام أن يدفعها إلى غيره مزارعة، ويأخذ الخراج من نصيب المالك، وإن شاء آجرها، وأخذ الخراج من الأجرة، فإن لم يتمكن من ذلك، ولم يوجد من يقبل ذلك باعها، وأخذ الخراج من ثمنها، وهذا بلا خلاف. (ب)

(٧) أى مشايخنا فى شروح "الجامع". (ب)

(٨) كمن له أرض زعفران فتركها، وزرع الحبوب.

(٩) وهو خراج الزعفران. (ب)

(١٠) فكان التقصير منه.

(١١) أى هذا الحكم.

ولا يُفتي به كي لا يتجرأ[١] الظَلَمة على أخذ أموال الناس.

ومن أسلم من أهل الخراج أُخذ منه الخراج على حاله[٢]؛ لأن فيه معنى المؤنة، فيعتبر مؤنة في حالة البقاء، فأمكن إبقاءه على المسلم[٣].

ويجوز أن يشترى المسلم أرض الخراج من الذمى، ويؤخذ منه الخراج؛ لما قلنا[٤]، وقد صح[٥] أن الصّحابة اشتروا أراضى الخراج، وكانوا يؤدون خراجها، فدل على جواز الشراء وأخذ الخراج، وأداءه للمسلم من غير كراهة[٦]، ولا عشر[٧] فى الخارج من أرض الخراج. وقال الشافعى: يجمع بينهما[٨] لأنهما حقان مختلفان[٩] وجبا فى محلين[١٠] بسببين مختلفين[١١] فلا يتنافيان. ولنا قوله عليه السّلام[١٢]: «لا يجتمع عشر وخراج فى أرض مسلم» *، ولأن أحدًا من أئمة العدل والجور لم يجمع

---

(١) أى تا جرأت نكنند ظالمين.

(٢) كما كان فيه حالة الكفر.

(٣) قوله: "فأمكن إبقاءه [لأن البقاء أسهل من الابتداء] على المسلم" لأن إبقاء ما تقرر واجبًا أولى؛ لأنا إذا أسقطنا ذلك احتجنا إلى إيجاب العشر، بخلاف خراج الرأس، فإنا لو أسقطناه بعد إسلامه لا تحتاج إلى مؤنة أخرى. (ب)

(٤) وهو قوله: لأن فيه معنى المؤنة.

(٥) قوله: "وقد صح" قلت: قال البيهقى فى "كتاب المعرفة": قال أبو يوسف: القول ما قال أبو حنيفة: إنه كان لابن مسعود وخباب بن الأرت والحسين بن على وشريح رضى الله عنهم أرض الخراج، حدثنا مخالد عن عامر بن عتبة ابن فرقد السلمى أنه قال لعمر: إنى اشتريت أرضًا بالسواد، فقال عمر: أنت فيها بمنزلة صاحبها. (ت)

(٦) احترز به عن قول من قال: إنه يكره. (ب)

(٧) بل فيه الخراج فقط.

(٨) أى العشر والخراج.

(٩) قوله: "مختلفان" يعنى من حيث الذات، فإن أحدهما مؤنة فيها معنى العبادة، والآخر مؤنة فيها معنى العقوبة. (ب)

(١٠) لأن الخراج فى ذمة المالك، والعشر فى الخارج. (عناية)

(١١) قوله: "بسببين مختلفين" فإن سبب العشر الأرض النامية بحقيقة الخارج، وسبب الخراج الأرض النامية بالتمكن. (ب)

(١٢) قلت: رواه ابن أبى عدى فى "الكامل". (ب)

* راجع نصب الراية ج٣ ص٤٤٢، والدراية ج٢، الحديث ٧٣٦ ص١٣٢. (نعيم)

بينهما، وكفى بإجماعهم حجة[١]، ولأن الخراج يجب في أرضٍ فتحت عَنْوَةً وقهرًا، والعشرُ في أرض أسلم أهلُها طَوْعًا[٢]، والوصفان[٣] لا يجتمعان في أرض واحدة، وسبب الحقين واحد[٤]، وهو الأرض النامية إلا أنه يعتبر في العشر تحقيقًا، وفي الخراج تقديرًا، ولهذا[٥] يضافان إلي الأرض[٦]، وعلى هذا الخلاف[٧] الزكاة مع أحدهما[٨]. ولا يتكرر الخراج بتكرر الخارج في سنة؛ لأن عمر لم يوظفه مكررًا[٩]، بخلاف العشر[١٠]؛ لأنه لا يتحقق عشرًا إلا بوجوبه[١١] في كل خارج.

باب الجزية[١٢]

وهي على ضربين: جزية تُوضع بالتراضي والصلح، فتتقدر بحسب

---

(١) قوله: "وكفى بإجماعهم حجة" منع هذا بنقل ابن عبد البر الجمع عن عمر بن عبد العزيز. (ف)

(٢) أي برضاء أنفسهم.

(٣) أي القهر والطوع.

(٤) جواب عن قول الخصم بسببين مختلفين.

(٥) أي لأجل أن السبب هو الأرض النامية. (ب)

(٦) يقال: عشر الأرض وخراج الأرض.

(٧) أي المذكور بيننا وبين الشافعي.

(٨) قوله: "الزكاة مع أحدهما [أي العشر والخراج. عناية]" حتى لو اشترى أرض عشر أو خراج للتجارة، ففيها العشر أو الخراج دون زكاة التجارة عندنا؛ لأن الواجب حق الله تعالى، وهو متعلق بالأرض كالزكاة، ثم العشر والخراج صار وظيفة لهذه الأرض، فلا يسقط أبدا مع أنه أسبق ثبوتًا من زكاة التجارة. (ك)

(٩) قوله: "لأن عمر لم يوظفه [قلت: تقدم ما يدل عليه في حديث وضع الخراج على السواد، رواه أبو عبيد. ت] مكررًا" روى ابن أبي شيبة في أواخر الزكاة عن زياد قال: استعملني عمر فكنت أعشر من أقبل، ومن أدبر، فخرج عليه رجل فأعلمه، فكتب إلي أن لا يعشر إلا مرة واحدة يعني في السنة. (ت)

(١٠) قوله: "بخلاف العشر إلخ" فالخراج له شدة من حيث تعلقه بالتمكن، وخفة باعتبار عدم تكرره في السنة، ولو زرع فيها مرارًا، والعشر له شدة، وهو تكرره بتكرر الخارج، وخفة بتعلقه بعين الخارج، فإذا عطلها لا يؤخذ شيء. (ف)

(١١) فيتكرر بتكرار الخارج. (ب)

(١٢) قوله: "باب الجزية" لما فرغ من ذكر خراج الأراضي، ذكر في هذا الباب خراج الرؤوس، وهو الجزية إلا أنه قدم الأول؛ لأن العشر يشاركه في سببه، وفي العشر معنى القربة، وبيان القربات مقدم، والجزية اسم لما يؤخذ من أهل الذمة، والجمع الجزى كاللحية واللحى، وإنما سميت بها لأنها تجزئ عن الذمي أن تقضى وتكفى عن القتل، فإنه إذا قبلها سقط عنه القتل. (عناية)

ما يقع عليه الاتفاق كما صالح رسول الله عليه السّلام[١] أهل نَجْران[٢] على ألف ومائتى حُلَّة*، ولأن الموجِب[٣] هو التراضى، فلا يجوز التعدى إلى غير ما وقع عليه الاتفاق.

وجزية يبتدئ الإمام وضعها إذا غلب الإمامُ على الكفار، وأقرهم على أملاكهم، فيضع على الغنى الظاهر الغِنى[٤] فى كل سنةٍ ثمانية وأربعين درهمًا، يأخذ منهم فى كل شهر أربعة دراهم، وعلى وسط الحال أربعة وعشرين درهمًا فى كل شهر درهمين، وعلى الفقير المعتمل[٥] اثنى عشر درهمًا، فى كل شهر درهمًا، وهذا عندنا. وقال الشافعى: يضع على كل حالم دينارًا[٦] أو ما يَعْدل الدينار، الغنى والفقير فى ذلك سواء؛ لقوله عليه السّلام لمعاذ[٧]: «خُذْ من كل حالِمٍ[٨] وحالمةٍ[٩] دينارًا أو عَدْله[١٠]

(١) رواه أبو داود، ولكن فيه الفاصلة، كذا ذكره الزيلعى.

(٢) قوله: "أهل نجران" بفتح النون وسكون الجيم بلاد من اليمن، وأهلها نصارى، والحلة بضم الحاء وتشديد اللام إزار ورداء. (ب)

* راجع نصب الراية ج٣ ص٤٤٥، والدراية ج٢، الحديث ٧٣٧ ص١٣٢. (نعيم)

(٣) قوله: "ولأن الموجب إلخ" أى الموجب لتقدير ما وقع عليه الاتفاق من المال هو التراضى، لا الموجب لوجوب الجزية، فإن موجبه فى الأصل اختيارهم البقاء على الكفر بعد أن غلبوا. (ع)

(٤) قوله: "الظاهر الغنى" هو صاحب المال الكثير الذى لا يحتاج إلى العمل، والمتوسط الذى له مال لا يستغنى عن العمل، والمعتمل من يكسب أكثر من حاجته، ولا مال له. (ك)

(٥) قوله: "وعلى الفقير المعتمل" إنما شرط المعتمل؛ لأن الجزية عقوبة، فإنما تلزم على من كان من أهل القتال حتى لا يلزم الزمن منهم، وإن كان مفرطًا فى اليسار، وكان الفقيه أبو جعفر يقول: ينظر إلى عادة كل بلد؛ لأن عادة البلدان مختلفة. ألا ترى أن صاحب خمسين ألفا ببلخ يعد من المكثرين، وفى بغداد وبصرة لا يعد من المكثرين، وفى بعض البلدان صاحب عشرة آلاف يُعَدُّ من المكثرين. (ب)

(٦) وتجوز الزيادة لا النقصان.

(٧) أى حين بعثه إلى اليمن.

(٨) أى بالغ.

(٩) قوله: "وحالمة" قال معمر: هذا غلط، فإنه ليس على النساء شىء، وفيه طرق كثيرة رواها الحاكم وابن حبان وغيرهما: ليس فيها ذكر الحالمة. وقال أبو عبيد الله: هذا –والله أعلم– منسوخ إذا كان فى أول الإسلام نساء المشركين وولدانهم يقتلون مع رجالهم، ثم نهى عن قتلهم يوم خيبر. (ف)

مَعافر»[١]* من غير فصل[٢]، ولأن الجزية إنما وجبت بدلا عن القتل حتى لا يجب على من لا يجوز قتله بسبب الكفر كالذّرارى[٣] والنسوان، وهذا المعنى ينتظم[٤] الفقير والغنى[٥]. ومذهبنا منقول[٦] عن عمر وعثمان وعلى ولم ينكر عليهم أحدٌ من المهاجرين والأنصار، ولأنه وجب[٧] نصرةً للمقاتلة[٨]، فتجب على التفاوت بمنزلة خراج الأرض، وهذا[٩] لأنه وجب بدلا عن النصرة بالنفس والمال[١٠]، وذلك يتفاوت[١١]، بكثرة الوفر

---

(١٠) قوله: "أو عدله [بالفتح المثل] معافر [بفتح الميم]" أى خذ مثل دينار بردا من هذا الجنس يقال: ثوب معافر منسوب إلى معافر بن مرثم صار اسماً لهذا الثوب. وذكر فى "الفوائد الظهيرية" معافر حى من همدان ينسب إليه هذا النوع من الثياب، وعدل الشيء بالفتح مثله إذا كان من خلاف الجنس، وبالكسر من جنسه. (ع)

(١) قلت: أخرجه أبو داود والترمذى والنسائى.

* راجع نصب الراية ج٣ ص٤٤٥، والدراية ج٢، الحديث ٧٣٧ ص١٣٣. (نعيم)

(٢) أى بين غنى وفقير. (ف)

(٣) جمع الذرية أى أولادهم.

(٤) فيكونان سواء.

(٥) لأن كلا منهما يقتل.

(٦) قوله: "ومذهبنا منقول إلخ" ذكر أصحابنا فى كتبهم عن عبد الرحمن عن الحكم أن عمر وجه حذيفة وعثمان إلى السواد، فمسحا أرضاً، ووضعا عليها الخراج، وجعلا للناس ثلاث طبقات، فلما رجعا أخبراه بذلك، ثم عمل عثمان وعلى كذلك. وروى ابن أبى شيبة عن أبى عون محمد بن عبيد الله الثقفى قال: وضع عمر فى الجزية على الغنى ثمانية وأربعين درهماً، وعلى المتوسط أربعة وعشرين، وعلى الفقير اثنا عشر درهماً، وهو مرسل، ورواه ابن زنجويه فى "كتاب الأموال". (ف)

(٧) أى الجزية على تأويل الخراج. (ب)

(٨) قوله: "نصرة للمقاتلة" أى نصرة وكفاية لغزاة المسلمين بما يؤخذ من الذمى. (ب)

(٩) إشارة إلى قوله: ولأنه وجب إلخ. (ع)

(١٠) قوله: "عن النصرة بالنفس والمال" لأن كل من كان من أهل دار الإسلام تجب عليه النصرة للدار بالنفس والمال، والكافر لما لم يصلح لنصرتنا لميله إلى دار الحرب اعتقاداً قام الخراج المأخوذ منه المصروف إلى الغزاة مقام النصرة بالنفس. (عناية)

(١١) قوله: "وذلك يتفاوت إلخ" لأن نصرة الغنى لو كان مسلماً فوق نصرة المتوسط والفقير، فإنه كان ينصر راكباً، ويركب معه غلامه، والمتوسط راكباً فقط، والفقير راجلا، وأورد أن الجزية لو كانت خلفاً عن النصرة لزم أن لا تؤخذ منهم لو قاتلوا مع المسلمين تبرعاً، وأجيب بأن الشارع جعل نصرتهم بالمال، وليس للإمام تغيير المشروع. (فتح القدير)

وقلته[١]، فكذا ما هو بدله[٢]، وما رواه[٣] محمول على أنه كان ذلك صلحا، ولهذا أمره بالأخذ من الحالمة[٤]، وإن[٥] كانت لا يؤخذ منها الجزية. قال: وتوضع الجزية على أهل الكتاب[٦] والمجوس[٧]؛ لقوله تعالى: ﴿من الذين أوتوا الكتاب حتى يُعطوا الجزية﴾ الآية، ووضع رسول الله عليه السّلام[٨] الجزية على المجوس*.

قال[٩]: وعبدة[١٠] الأوثان من العجم، وفيه خلاف الشافعي، هو يقول: إن القتال واجب؛ لقوله تعالى: ﴿وقاتلوهم[١١]﴾ إلا أنا عرفنا جواز تركه في حق أهل الكتاب بالكتاب[١٢]، وفي حق المجوس بالخبر[١٣]، فبقى

(١) أى المال. (ب)

(٢) أى الجزية. (ف)

(٣) جواب عن حديث الشافعي. (ع)

(٤) قوله: "ولهذا أمره بالأخذ من الحالمة" وفيه دليل على أن ما لا يصلح يستوى فيه الرجال والنساء، ويجيء التصريح به فى المتن من حيث قال: إنه مال وجب بالصلح، والمرأة من أهل وجوب مثله. (د)

(٥) الواو وصلية.

(٦) قوله: "على أهل الكتاب [سواء كانوا من أهل العرب أو العجم. عناية]" ويدخل فيهم السامرة، فإنهم يدينون بشريعة موسى إلا أنهم يخالفونهم، ويدخل فيهم الفرنج، وذلك لقوله تعالى: ﴿قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله ولا باليوم الآخر ولا يحرمون ما حرم الله ورسوله ولا يدينون دين الحق من الذين أوتوا الكتاب حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون﴾. وأما الصائبون: فعلى الخلاف فمن قال: هم من النصارى أو اليهود، فهم من أهل الكتاب، ومن قال: يعبدون الكواكب، فهم من عبدة الأوثان. (ف)

(٧) قوله: "والمجوس" ومذهبهم أنهم قائلون بالنور والظلمة، ويدعون أن الخير من فعل النور، والشر من الظلمة، ولهذا يعبدون النار. (ب)

(٨) قوله: "ووضع إلخ" قلت: فيه أحاديث منها: ما أخرجه البخارى عن ابن عبدة المكى قال: أتانا كتاب عمر قبل موته بسنة فرقوا بين كل ذى محرم من المجوس، ولم يكن عمر رضى الله عنه أخذ من المجوس الجزية حتى شهد عبد الرحمن بن عوف أن رسول الله ﷺ أخذها من مجوس هجر. (ت)

* راجع نصب الراية ج٣ ص٤٤٨، والدراية ج٢، الحديث ٧٣٩ ص١٣٣. (نعيم)

(٩) أى القدورى.

(١٠) بالجر عطف على أهل الكتاب. (ف)

(١١) فإنه أمر بالقتال، وهو عام. (ب)

(١٢) وهو قوله تعالى: ﴿حتى يعطوا الجزية﴾.

من وراءهم على الأصل[١].

ولنا أنه يجوز استرقاقهم[٢]، فيجوز ضرب الجزية عليهم؛ إذ كل واحد منهما يشتمل على سلب النفس منهم[٣]، فإنه يكتسب ويؤدّى إلى المسلمين، ونفقتُه فى كسبه.

وإن ظُهر عليهم قبل ذلك[٤]، فهم ونساءهم وصبيانهم فىء؛ لجواز استرقاقهم، ولا توضع على عَبَدَة الأوثان من العرب، ولا المرتدين[٥]؛ لأن كفرهما قد تغلظ[٦]. أما مشركو العرب: فلأن النّبىّ عليه السّلام نشأ بين أظهرهم[٧]، والقرآن نزل بلغتهم، فالمعجزة فى حقهم أظهر. وأما المرتد: فلأنه كفر بربّه بعد ما هدى للإسلام، ووقف على محاسنه، فلا يقبل من الفريقين[٨] إلا الإسلام أو السّيف زيادةً فى العقوبة[٩]. وعند الشافعى رحمه الله يسترق مشركو العرب، وجوابه ما قلنا[١٠]، وإذا ظهر

---

(١٣) وهو حديث عبد الرحمن بن عوف. (ف

(١) وهو القتال.

(٢) أى عبدة الأوثان.

(٣) قوله: "على سلب النفس منهم" أما الاسترقاق: فظاهر؛ لأن نفع الرقيق يعود إلينا جملة، وأما الجزية: فلأن الكافر يؤديها من كسبه، والحال أن نفقته فى كسبه، فكان أداء كسبه الذى هو سبب حياته إلى المسلمين، ونوقض بأن من جاز استرقاقه لو جاز ضرب الجزية عليه لجاز ضربها على النساء والصبيان، واللازم باطل.

وأجيب بأن ذلك لمعنى آخر، وهو أن الجزية بدل النصرة، ولا نصرة على المرأة والصبى، فكذا بدله، وهذا ليس بدافع للنقض، بل مقرر. والصواب أن قبول المحل شرط تأثير المؤثر، فكان معنى قولهم: كل من يجوز استرقاقهم يجوز ضرب الجزية عليهم إذا كان المحل قابلا والمرأة والصبى ليس كذلك. (عناية)

(٤) قوله: "قبل ذلك" أى قبل وضع الجزية عليهم. فهم بأجمعهم غنيمة للمسلمين، كذا فى الشرح. (د)

(٥) سواء كانوا من العرب أو العجم. (ب)

(٦) قوله: "لأن كفرهما قد تغلظ" وكل من تغلظ كفره، لا يقبل منه إلا الإسلام، أو السيف. (عناية)

(٧) قال الله تعالى: ﴿لقد جاءكم رسول من أنفسكم﴾ الآية.

(٨) أى المشركين والمرتدين.

(٩) قوله: "زيادة فى العقوبة" ولقائل أن يقول: هذا منقوض بأهل الكتاب، فإنه قد تغلظ كفرهم؛ لأنهم عرفوا رسول الله ﷺ معرفة تامة، وغيروا اسمه من الكتب، وأجيب بأن القياس كان يقتضى أن لا تقبل منهم الجزية إلا أنه ترك بالكتاب. (ب)

(١٠) يريد به قوله: لأن كفرهما قد تغلظ.

عليهم[١] فنساءهم وصبيانهم فيء[٢]؛ لأن أبا بكر الصّديق استرق[٣] نسوان بني حنيفة[٤]، وصبيانهم لما ارتدوا، وقسمهم بين الغانمين.
ومن لم يسلم من رجالهم قُتل لما ذكرنا[٥]، ولا جزية على امرأة، ولا صبى؛ لأنها وجبت بدلا عن القتل[٦]، أو عن القتال[٧]، وهما لا يُقتلان، ولا يُقاتلان؛ لعدم الأهلية، قال: ولا زمن[٨]، ولا أعمى، كذا المفلوج[٩] والشيخ الكبير؛ لما بينا[١٠]. وعن أبي يوسف أنه تجب إذا كان له مال؛ لأنه يقتل في الجملة إذا كان له رأى[١١]، ولا على فقير غير معتمل[١٢]، خلافًا للشافعي له إطلاق حديث معاذ رضى الله عنه[١٣]. ولنا أن عثمان رضى الله عنه[١٤] لم يوظفها على فقير غير معتمل[١٥]، وذلك بمحضر من الصحابة رضى الله عنهم[١٦]، ولأن خراج الأرض لا

---

(١) أى على مشركى العرب والمرتدين.
(٢) قوله: "فيء" إلا أن ذرارى المرتدين ونساءهم يجبرون على الإسلام دون ذرارى عبدة الأوثان ونساءهم. (ب)
(٣) بعد وفاة رسول الله ﷺ، أسنده الواقدى فى كتاب الردة له. (ن)
(٤) قبيلة من قبائل العرب.
(٥) إشارة إلى قوله: لا يقبل من الفريقين إلا السيف، أو الإسلام.
(٦) أى فى حق المأخوذ منه.
(٧) أى عن النصرة فى حقنا، كما تقدم.
(٨) قوله: "ولا زمن" مأخوذ من زمن يزمن زمانة، وهو من عدم بعض أعضاءه، أو تعطل قواه. (ب)
(٩) قوله: "وكذا المفلوج" مأخوذ من فلج إذا ذهب نصفه. (ب)
(١٠) أى قوله: لا يقتلان ولا يقاتلان. (عناية)
(١١) أى من أمور الحرب. (ب)
(١٢) أى الذى لا يقدر على العمل. (ف)
(١٣) وهو قوله عليه الصلاة والسلام له: «خذ من كل حالم» الحديث. (ب)
(١٤) قوله: "ولنا أن عثمان" المراد منه عثمان بن حنيف، لا عثمان بن عفان، وقد غفل عنه أكثر الشراح، وقد مضى أن عمر بن الخطاب لما بعث عثمان وحذيفة إلى سواد العراق، وظف الجزية على الفقير المعتمل. (ب)
(١٥) أى الذى لا يقدر على العمل.
(١٦) قوله: "وذلك بمحضر من الصحابة" قلت: روى ابن زنجوية فى "كتاب الأموال" عن صلة قال: أبصر

يوظّف على أرض لا طاقة لها، فكذا هذا الخراج[١]، والحديث[٢] محمول[٣] على المعتمل.

ولا يوضع على المملوك، والمكاتب، والمدبر، وأم الولد؛ لأنه بدل عن القتل في حقهم، وعن النصرة في حقنا، وعلى اعتبار الثاني[٤] لا تجب، فلا تجب بالشك، ولا يؤدى عنهم مواليهم؛ لأنهم تحملوا الزيادة بسببهم[٥]، ولا توضع على الرُهبان[٦] الذين لا يخالطون الناس، كذا ذكر[٧] ههنا. وذكر محمد عن أبي حنيفة أنه توضع عليهم إذا كانوا يقدرون على العمل، وهو قول أبي يوسف' وجه الوضع عليهم أن القدرة على العمل هو الذي ضيعها، فصار كتعطيل الأرض الخراجية[٨].

ووجه الوضع عنهم أنه لا قتل عليهم إذا كانوا لا يخالطون الناس، والجزية في حقهم لإسقاط القتل[٩]، ولا بد[١٠] أن يكون المعتمل[١١]

عمر شيخًا من أهل الذمة يسأل، فقال له: ما لك؟ قال: ليس لنا مال، وإن الجزية تؤخذ منا، فقال: ما أنصفناك، ثم كتب إلى عماله أن لا يأخذوا الجزية من الشيخ الكبير. (ب)

(١) والجامع عدم الطاقة. (ف)

(٢) أي حديث معاذ. (ف)

(٣) قوله: "محمول على" فيه نظر؛ لأنه قد حمل حديث معاذ على الصلح بدليل ذكر المرأة فيه، وإذا دل الدليل على استواء الرجل والمرأة في الصلح، ووجب على المرأة، فلأن يجب الفقير المعتمل أولى، فلا حاجة إلى حمله على المعتمل بعد حمله على الصلح. (ملا إله داد)

(٤) قوله: وعلى اعتبار الثاني إلخ" يعني أن الجزية بدل عن الأمرين كما مر لتقريره، وعلى اعتبار الأول يجب وضع الجزية؛ لأن الأصل يتحقق في حق المماليك؛ لأن المملوك الحربي يقتل، فيتحقق البدل أيضًا، وعلى اعتبار الثاني لا يجب؛ لأن العبد لا يقدر على النصرة، فلا يجب عليه بدله. (عناية)

(٥) قوله: "لأنهم تحملوا إلخ" أي صار مواليهم بسببهم من صنف الأغنياء حتى وجب عليهم زيادة على مقدار الواجب على الفقير المعتمل، فلو قلنا بوجوبها على الموالي بسببهم، لكان وجوب الجزية مرتين بسبب شيء واحد؛ وهو لا يجوز. (عناية)

(٦) جمع راهب. (ن)

(٧) أي القدوري.

(٨) أي مع التمكين من الانتفاع. (ب)

(٩) قوله: "والجزية في حقهم [أي الكفار] لإسقاط القتل" أراد أن الجزية بدل عن القتل في حقهم،

صحيحًا، ويكتفى[(١)] بصحته فى أكثر السنة[(٢)].

ومن أسلم وعليه جزية سقطت[(٣)]، وكذلك إذا مات كافرًا خلافًا للشافعى فيهما[(٤)]، له أنها وجبت بدلا عن العصمة، أو عن السكنى[(٥)]، وقد وصل إليه المعوّض[(٦)]، فلا يسقط عنه العوض[(٧)] بهذا العارض[(٨)]، كما فى الأجرة[(٩)]، والصلح عن دم العمد. ولنا قوله عليه السّلام[(١٠)]: «ليس على مسلم جزية[(١١)]»*، ولأنها وجبت عقوبة على الكفر، ولهذا

ولا قتل على الذين لا يخالطون الناس، فلا تجب الجزية عليهم. (ب)

(١٠) ذكره تفريعًا لمسألة القدورى.

(١١) احترازا عن الزمن والمقعد وغيرهما. (ب)

(١) وكذا فى نصفها. (ب)

(٢) لأن الإنسان لا يخلو عن قليل مرض.

(٣) قوله: "سقطت" وكذا لو مات فى أثناء السنة، أو أسلم، وفى أصح قولى الشافعى: لا تسقط فيهما أيضًا، وعلى هذا الخلاف لو عمى، أو زمن، أو أقعد، أو صار شيخًا كبيرًا لا يستطيع العمل، أو افتقر بحيث لا يقدر على شيء.

(٤) فعنده لا تسقط عنهما.

(٥) قوله: "بدلا عن العصمة [أى عن حقن الدم] أو عن السكنى" إنما تردد بينهما؛ لأن العلماء اختلفوا فى أن الجزية من أى شيء بدل، فقال بعضهم: وجبت بدلا عن العصمة الثابتة بعقد الذمة، وبه قال الشافعى فى قول. وقال بعضهم: بدلا عن النصرة التى قامت بإحرازهم على الكفر، وهو الأصح، وقال بعضهم: بدلا عن السكنى فى دارنا، وبه قال الشافعى، ولهذا قال فى قول: إنها تؤخذ عن الأعمى والمعتوه؛ لأنهم يشاركون فى السكنى، وعندنا لا تؤخذ. (ب)

(٦) أى العصمة والسكنى.

(٧) الجزية.

(٨) أى الإسلام والموت. (ب)

(٩) قوله: "كما فى الأجرة إلخ" فإن الذمى إذا استوفى منافع الدار المستأجرة، ثم أسلم، أو مات لا تسقط عنه الأجرة؛ لأن المعوض قد وصل إليه، وهى منافع الدار، وكذا إذا قتل الذمى رجلا عمدًا، ثم صالح عن الدم على بدل معلوم، ثم أسلم، أو مات لا يسقط عنه البدل؛ لأن المعوض –وهو نفسه– قد سلم له. (ع)

(١٠) قلت: أخرجه أبو داود والترمذى. (ب)

(١١) قوله: "ليس على مسلم جزية" قال أبو داود: وسئل سفيان الثورى عن هذا، فقال: يعنى إذا أسلم، فلا جزية عليه، وباللفظ الذى فسره سفيان، رواه الطبرانى فى "معجمه الأوسط" عن ابن عمر مرفوعًا، فهذا بعمومه يوجب سقوط ما استحق عليه قبل الإسلام، بل هو المراد بخصوصه؛ لأنه موضع الفائدة؛ إذ عدم الجزية

تسمى جزية، وهى والجزاء واحد[١]، وعقوبة الكفر تسقط بالإسلام، ولا تُقام بعد الموت[٢]، ولأن شرع العقوبة فى الدنيا لا يكون إلا لدفع الشر[٣]، وقد اندفع بالموت[٤] والإسلام[٥]، ولأنها وجبت بدلا عن النصرة[٦] فى حقنا، وقد قدر عليها بنفسه[٧] بعد الإسلام، والعصمة تثبت بكونه آدميًا[٨]، والذمى يسكن ملكَ نفسه[٩]، فلا معنى لإيجاب بدل العصمة والسكنى، وإن اجتمعت عليه الحولان[١٠] تداخلت الجزيتان.

وفى "الجامع الصغير"[١١]: ومن لم يؤخذ منه خراجُ رأسه[١٢] حتى مضت السنة، وجاءت سنة أخرى لم يؤخذ، وهذا عند أبى حنيفة، وقال

على المسلم؛ ابتداء من ضروريات الدين. (ف)

* راجع نصب الراية ج٣ ص٤٥٣، والدراية ج٢، الحديث ٧٤٠ ص١٣٥. (نعيم)

(١) قوله: "وهى والجزاء واحد" وهو يطلق على المثوبة والعقوبة بمقابلة الطاعة والمعصية، وهذه ليست بمثوبة، فتعين كونها عقوبة، ولهذا تستوفى بطريق المذلة والصغار. (ك)

(٢) ولهذا لا يضرب من سبق موته إقامة حد. (ت)

(٣) والشر الذى يتوقع بالكفر الحرابة والفتنة.

(٤) إذ لا فتنة بعد الإسلام والموت.

(٥) ولهذا لا يضرب من سبق موته إقامة حد. (ت)

(٦) لا عن العصمة، ولا عن السكنى.

(٧) فسقطت لوجود الأصل.

(٨) قوله: "والعصمة إلخ" جواب عن قول الشافعى: إنها وجبت بدلا عن العصمة، وبيانه أن العصمة ثابتة لكونه آدميًا يعنى من حيث إنه آدمى خلق معصوم محقون الدم، وإنما بطلت عصمته بعارض الكفر، فلما أسلم عادت العصمة، فصارت العصمة به، لا بقبول الجزية. (ب)

(٩) قوله: "والذمى إلخ" جواب عن قوله: أو السكنى، ومعناه أن الذمى يملك موضع السكنى بالشراء وغيره من الأسباب، فلا يجوز إيجاب البدل بسكناه فى موضع مملوك له، ولو كانت الجزية أجرة كان وجوبها بالإجارة، فيشترط فيها تأقيت؛ لأن الإبهام يبطلها، وحيث لم يشترط التأقيت فى السكنى، دل على أن الجزية لم تكن بطريق الإجارة. (عناية)

(١٠) قوله: "وإن اجتمعت عليه الحولان" أنث فعل الحولين لتأويله بالسنتين، أو بتقدير مضاف أى جزيتا الحولين، ولفظ القدورى فى ما ذكره الأقطع، وإن اجتمع عليه حولان. (ف)

(١١) أتى بلفظ "الجامع الصغير" لتفصيل فى اللفظ.

(١٢) أى الجزية.

أبو يوسف ومحمد: يؤخذ منه، وهو قول الشافعي.

وإن مات عند تمام السنة لم يؤخذ منه في قولهم [١] جميعا، وكذلك إن مات في بعض السنة. أما مسألة الموت فقد ذكرناها، وقيل: خراج الأرض على هذا الخلاف [٢]، وقيل: لا تداخل فيه بالاتفاق [٣].

لهما في الخلافية [٤] أن الخراج وجب عوضًا، والأعواضُ إذا اجتمعت وأمكن استيفاءها تستوفى، وقد أمكن [٥] فيما نحن فيه بعد توالى السنين، بخلاف ما إذا أسلم لأنه تعذر استيفاءه [٦]. ولأبى حنيفة أنها وجبت عقوبة على الإصرار على الكفر على ما بيناه [٧]، ولهذا [٨] لا تُقبل منه لو بَعَثَ [٩] على يد نائبه في أصح الروايات [١٠]، بل يكلّف [١١] أن يأتى به بنفسه [١٢]، فيعطى قائمًا، والقابض [١٣] منه قاعد.

وفي رواية: يأخذ بتلبيبه [١٤] يَهُزّه [١٥] هزًا، ويقول: أعطنى الجزية

(١) أى قول أصحابنا والشافعي. (ب)

(٢) أى يتداخل عند أبي حنيفة خلافًا لهما.

(٣) قوله: "وقيل: لا تداخل إلخ" يحتاج إلى الفرق بينهما، وهو أن الخراج في حالة البقاء مؤنة من غير التفات إلى معنى العقوبة، ولهذا إذا اشترى المسلم أرضًا خراجيةً يجب عليه الخراج، فجاز أن لا يتداخل، بخلاف الجزية، فإنها عقوبة ابتداء وبقاء، ولهذا لم تشرع في حق المسلم أصلا، والعقوبات تتداخل. (عناية)

(٤) أى في ما إذا اجتمع الحولان. (عناية)

(٥) لأن الفرض أنه حي. (عناية)

(٦) قوله: "لأنه تعذر استيفاءه" لأن المسلم لا يجب إذلاله، بل يجب توقيره.

(٧) قوله: "على ما بيّناه" أراد به ما ذكره قبل من قوله: ولأنها وجبت عقوبة. (عناية)

(٨) استيضاح على أنه عقوبة.

(٩) أى الجزية.

(١٠) وقيل: يقبل؛ لأن النائب كالمنيب.

(١١) أى الذمى.

(١٢) أى بما وجب عليه.

(١٣) وهو الإمام أو نائبه.

(١٤) قوله: "يأخذ بتلبيبه" هو أخذ موضع اللبب من الثياب، واللبب موضع القلادة من الصدر. (ع)

يا ذمى! وقيل: عدو الله، فثبت أنه[١] عقوبة، والعقوباتُ إذا اجتمعت تداخلت كالحدود[٢]، ولأنها وجبت[٣] بدلا عن القتل فى حقهم، وعن النصرة فى حقنا كما ذكرنا، لكن فى المستقبل[٤] لا فى الماضى[٥]؛ لأن القتل إنما يُستوفى لحراب قائم فى الحال، لا لحراب ماضٍ، وكذا النصرة فى المستقبل؛ لأن الماضى وقعت الغنية عنه. ثم قول محمد فى الجزية فى "الجامع الصغير"[٦]: وجاءت سنةٌ أخرى حمله بعض المشايخ[٧] على المضى مجازًا، وقال: الوجوبُ بآخر السنة، فلا بد من المضى ليتحقق الاجتماع، فيتداخل، وعند البعض هو مجرى على حقيقته[٨]، والوجوب عند أبى حنيفة بأول الحول، فيتحقق الاجتماع بمجرد المجيء. والأصح أن الوجوب عندنا فى ابتداء الحول، وعند الشافعى فى آخره اعتبارًا بالزكاة[٩]. ولنا أن ما وجب بدلا عنه لا يتحقق إلا فى المستقبل على ما قررناه[١٠]، فتعذر إيجابه بعد مضى الحول، فأوجبناها فى أوله[١١].

---

(١٥) أى يحرك لببه.

(١) أى خراج الرأس.

(٢) أى إذا كانت من جنس واحد.

(٣) قوله: "ولأنها وجبت إلخ" استدلال من جهة الملزوم، وما تقدم كان من جهة اللازم. (عناية)

(٤) يعنى عن القتل فى المستقبل. (ف)

(٥) قوله: "لا فى الماضى" لأن الماضى قد وقعت الغنية عنه بانقضاءه. (ف)

(٦) أى الذى نقله سابقًا.

(٧) قوله: "حمله بعض المشايخ إلخ" قال الإمام فخر الإسلام فى "شرح الجامع الصغير": اختلف مشايخنا فى قوله: جاءت سنة أخرى، فقال بعضهم: معناه مضت حتى يتحقق اجتماعهما؛ لأنها عند آخر الحول تجب، وهذا ضرب من المجاز؛ لأن مجيء كل شهر بمجيء أوله. وأقول فى مجوز المجاز: إن مجيء الشهر يستلزم مضى الآخر لا محالة، وذكر الملزوم وإرادة اللازم مجاز، وقال بعضهم: معناه دخول أولها؛ لأن الجزية تجب بأول الحول، والتأخير إلى الحول تخفيف وتأجيل عند أبى حنيفة. (ع)

(٨) وهو أن يراد به دخول أول سنة. (ف)

(٩) دليل لمذهب الشافعى.

(١٠) قوله: "على ما قررناه" إشارة إلى قوله: لأن الماضى وقعت الغنية عنه. (ك)

فصل[١]

ولا يجوز إحداث بيعة[٢]، ولا كنيسة فى دار الإسلام؛ لقوله عليه السّلام[٣]: «لا خصاء[٤] فى الإسلام ولا كنيسة»*، والمراد[٥] إحداثها. وإن انهدمت البيع[٦] والكنائس القديمة أعادوها؛ لأن الأبنية لا تبقى دائمة، ولما أقرهم الإمام[٧] فقد عهد إليهم الإعادة، إلا أنهم لا يمكّنون من نقلها[٨]؛ لأنه إحداث فى الحقيقة، والصومعة[٩] للتخلى فيها بمنزلة البيعة. بخلاف موضع الصّلاة فى البيت[١٠]؛ لأنه تبع للسكنى، وهذا[١١] فى الأمصار دون القرى[١٢]؛ لأن الأمصار هى التى تقام فيها

---

(١١) قوله: "فأوجبناها فى أوّله" وح يحتاج إلى الجواب عن الزكاة، وهو أن الزكاة وجبت فى آخر الحول لأنها تجب فى المال النامى، وحولان الحول هو الممكن من الاستنماء لاشتماله على الفصول الأربعة على ما مر، فلا بد من اعتبار الحول هناك. (عناية)

(١) فى بيان ما يجوز لهم أن يفعلوا مما يتعلق بالسكنى.

(٢) قوله: "إحداث بيعة إلخ" البيعة بالكسر، والبيعة والكنيسة متعبد اليهود والنصارى، ثم غلبت الكنيسة لمتعبد اليهود، والبيعة لمتعبد النصارى، وفى ديار مصر لا تستعمل البيعة، بل الكنيسة لمتعبد الفريقين، ولفظ الدير خاصة للنصارى. (ف)

(٣) قلت: رواه البيهقى وأبو عبيد. (ت)

(٤) قوله: "لا خصاء" بكسر الخاء المعجمة مصدر خصاه أى نزع خصيتيه، والإخصاء فى معناه ذكره فى "المغرب"، والوجه فى الجمع بينهما أن الخصاء نوع ضعف فى الإنسان، وكذا الكنيسة فى دار الإسلام تررث الضعف فى الإسلام. قلت: الأوجه أن يقال: سئل رسول الله ﷺ عن الخصاء، واتفق أن سائلا آخر سأله عن إحداث الكنيسة، فأجابهما بقوله: لا خصاء فى الإسلام ولا كنيسة. (ب)

* راجع نصب الراية ج٣ ص٤٥٣، والدراية ج٢، الحديث ٧٤١ ص١٣٥. (نعيم)

(٥) أى من قوله عليه الصلاة والسلام: «ولا كنيسة»، فهو نفى بمعنى النهى.

(٦) بكسر الباء وفتح الياء جمع بيعة.

(٧) أى فى دار الإسلام.

(٨) أى من موضع إلى موضع آخر فى المصر.

(٩) قوله: "والصومعة [أى لا يمكنون من إحداث الصومعة التى يتخلون فيها للعبادة أيضًا. عناية]" قال الجوهرى: فوعلة يريد أن الواو فيه زائدة. (ب)

(١٠) قوله: "بخلاف موضع الصلاة إلخ" يعنى إذا عين فى بيته موضعاً للصلاة فيه لا يمنع منه. (ب)

(١١) أى عدم جواز إحداث البيعة والكنيسة.

(١٢) قوله: "دون القرى" فإن قلت: النص مطلق، قلت: عبارة النص وإن اقتضى المنع من الإحداث فى

الشعائر[١]، فلا تُعارض بإظهار ما يخالفها، وقيل[٢]: فى ديارنا يمنعون من ذلك فى القرى أيضًا؛ لأن فيها بعض الشعائر[٣].

والمروى عن صاحب المذهب[٤] فى قرى الكوفة؛ لأن أكثر أهلها أهل الذمة، وفى أرض العرب يُمنعون من ذلك فى أمصارها وقراها؛ لقوله عليه السّلام[٥]: «لا يجتمع دينان فى جزيرة العرب[٦]»*.

قال: ويؤخذ أهل الذمة بالتمييز عن المسلمين فى زِيّهم[٧]، ومراكبهم، وسُروجهم[٨]، وقَلانسهم[٩]، فلا يركبون الخيل، ولا يعملون بالسّلاح. وفى "الجامع الصغير"[١٠]: ويؤخذ أهل الذمة بإظهار الكستيجات[١١]، والركوب على السروج التى هى كهيئة الأكف[١٢].

القرى أيضًا، لكن دلالته تقتضى الاقتصار على الأمصار؛ لأنه معلول بامتناع معارضة شعار الإسلام وشعار الكفر. (إله داد)

(١) أى شعائر الإسلام. (ب)

(٢) القائل شمس الأئمة السرخسى فى "شرح كتاب الإجارات"، كذا فى "فتح القدير".

(٣) من جواز إحداثها فى القرى.

(٤) يعنى أبا حنيفة. (ب)

(٥) قلت: رواه إسحاق بن راهويه. (ت)

(٦) قوله: "جزيرة العرب" قال المنذرى فى "مختصره": هى المدينة، وروى عنه أن الحجاز واليمن وما لم يبلغه ملك فارس والروم. وقال الأصمعى: هى من أقصى عدن إلى العراق فى الطول، والعرض من جدة إلى أطراف الشام، وإنما سميت بالجزيرة به لإنحار الماء عن موضعها، والجزر هو القطع.

* راجع نصب الراية ج٣ ص٤٥٤، والدراية ج٢، الحديث ٧٤٢ ص١٣٥. (نعيم)

(٧) بكسر الزاء وتشديد الياء الهيئة.

(٨) جمع سرج. (ب)

(٩) جمع قلنسوة. (ب)

(١٠) ذكره لكونه كالتفسير؛ لقول القدورى. (عناية)

(١١) قوله: "بإظهار الكستيجات إلخ" الكستيج بضم الكاف وسكون السين وبالجيم، كما فى القهستانى فارسى معرب معناه العجز والذل، كما فى النهر، فيشمل القلنسوة والزنار والنعل؛ لوجود الذل فيها، وفى "البحر": كستيجات النصارى قلنسوة سوداء مضربة، وزنار من الصوف، انتهى. وزنار بوزن تفاح جمعه زنانير، وفى "البحر" عن "المغرب": أنه خيط غليظ بقدر الإصبع يشده الذمى فوق ثيابه. (در المختار)

وإنما يؤخذون بذلك إظهاراً للصّغار[١] عليهم، وصيانة لضَعَفةِ المسلمين، ولأن المسلم يكرم والذمى يهان، ولا يبتدأ بالسّلام، ويُضيّق عليه الطريق، فلو لم تكن علامةٌ مميزة[٢] فلعله يعامَل معاملة المسلمين، وذلك لا يجوز. والعلامة تجب أن تكون خيطًا غليظًا من الصوف يشدّه على وسطه دون الزنار من الإبريسم[٣]، فإنه جفاء فى حق أهل الإسلام، ويجب أن يتميز نساءهم عن نساءنا فى الطرقات والحمامات[٤]؛ ويجعل على دُورهم[٥] علامات كى لا يقفَ عليها سائلٌ يدعو لهم بالمغفرة[٦].

قالوا[٧]: الأحق أن لا يُتركوا أن يركبوا إلا للضرورة[٨]، وإذا ركبوا للضرورة، فلينزلوا فى مجامع[٩] المسلمين، فإن لزمت الضرورة، اتخذوا سرجًا بالصفة[١٠] التى تقدمت، ويمنعون من لباسٍ يختص به أهل العلم والزهد والشرف[١١].

---

(١٢) قوله: "كهيئة الأُكف" بضمتين جمع إكاف مثل حمار، قال فى "غياث اللغات": إكاف پالان اسپ خورد، وقال الكرخى فى "مختصره": هى أن يكون على قربوص السرج كالزمانة.

(١) بالفتح بمعنى الذلة قال الله تعالى: ﴿سيصيب الذين أجرموا صغار﴾ الآية.

(٢) وربما يموت أحدهم فجأة، فيصلى عليهم لو لم تكن علامة. (ف)

(٣) بكسر الهمزة. (ب)

(٤) قوله: "فى الطرقات والحمامات" قال فى "فتح القدير": كذا تؤخذ نساءهم بالزى فى الطريق، فيجعل على ملاءة اليهودية خرقة صفراء، وعلى النصرانية زرقاء، وكذا فى الحمامات، انتهى، أى فيجعل فى أعناقهن طوق الحديد، كما فى "الاختيار". قال فى "الدر المنتقى": قلت: وسيجىء أن الذمية فى النظر إلى المسلمة كالرجل الأجنبى فى الأصح، فلا تنظر أصلا إلى المسلمة، فليتنبه لذلك -انتهى- ومفاده منعهن من دخول حمام فيه مسلمة، وخلاف المفهوم من كلامهم ههنا. (الرد المحتار)

(٥) جمع دار.

(٦) قوله: "يدعو لهم بالمغفرة" لأن فيه إهانة المسلم حيث يدعو لعدو الله تعالى. (ب)

(٧) أى مشايخنا.

(٨) قوله: "إلا للضرورة" يعنى كالخروج إلى الرستاق، وذهاب المريض إلى موضع يحتاج إليه. (ك)

(٩) وفى نسخة: مجامع.

(١٠) يعنى كهيئة الأكف. (عناية)

(١١) قوله: "يختص به أهل العلم والشرف" ويجعل على مكاعبهم خشنة فاسدة اللون، ولا يلبسون

ومن امتنع من الجزية، أو قتل مسلمًا، أو سب النبيّ عليه السلام[١]، أو زنى بمسلمةٍ لم ينتقض عهدُه؛ لأن الغاية التي ينتهي بها القتال التزام الجزية لا أداءها، والالتزام[٢] باقٍ.

وقال الشافعي: سب النبيّ عليه السلام يكون نقضًا لأنه ينقض إيمانه[٣]، فكذا ينقض أمانه؛ إذ عقد الذمة خلف عنه. ولنا أن سب النبي عليه السّلام كفر منه[٤]، والكفر المقارن لا يمنعه، فالطارئ لا يرفعه.

قال: ولا ينقض العهد إلا وأن يلحق بدار الحرب، أو يُغلبوا على موضع، فيحاربوننا؛ لأنهم صاروا حربًا علينا، فيعرى[٥] عقدُ الذمة عن الفائدة[٦]، وهو دفع شر الحِراب.

وإذا نقض الذمي العهدَ، فهو بمنزلة المرتد، معناه في الحكم بموته باللحاق[٧] لأنه التحق بالأموات، وكذا في حكم ما حمله من ماله[٨] إلا[٩] أنه لو أُسر يُسترق، بخلاف المرتد[١٠].

طيالسة كطيالسة المسلمين، ولا أردية كأرديتهم، هكذا أمر عمر واتفقت الصحابة عليه. (ف)

(١) أي إذا لم يعلن، فلو أعلن بشتمه أو اعتقاده قتل، ولو امرأة، وبه يفتي اليوم، كذا في "الدر المنتقى". (رد المحتار)

(٢) يعني التزام الجزية باقٍ، فيكون على عهده. (ب)

(٣) قوله: "لأنه ينقض إيمانه إلخ" يعني لو كان مسلمًا، وسب النبي عليه الصلاة والسلام -والعياذ بالله- نقض إيمانه، فكذا ينقض أمانه وذمته. (ع)

(٤) كما هو ردة في حق المسلم. (ف)

(٥) أي يخلو.

(٦) وهي دفع شر الحراب.

(٧) قوله: "معناه في الحكم بموته إلخ" فيعمل في تركته ما يعمل في تركة المرتد، فإن خلف امرأة ذمية في دار الإسلام بانت منه لتباين الدارين. (ب)

(٨) قوله: "وكذا في حكم ما حمله من ماله" يعني أن الذمي إذا نقض العهد، وألحق بدار الحرب، وفي يده مال، ثم ظهر على دار الحرب، يكون فيئًا كالمرتد إذا لحق بدار الحرب بماله، ثم ظهر على الدار. (عناية)

(٩) استثناء من قوله: هو بمنزلة المرتد. (ب)

(١٠) قوله: "بخلاف المرتد" فإنه لا يسترق، بل يقتل إذا أصر على ارتداده. (عناية)

فصل(١)

ونصارى بني تغلب يؤخذ من أموالهم ضعف ما يُؤخذ من المسلمين من الزكاة؛ لأن عمر رضي الله عنه صالحهم على ذلك بمحضر من الصحابة(٢). ويُؤخذ من نساءهم، ولا يُؤخذ من صبيانهم(٣)؛ لأن الصلح وقع على الصدقة المضاعفة، والصدقة تجب عليهن دون الصبيان، فكذا المضاعف. وقال زفر: لا يؤخذ من نساءهم أيضًا(٤)، وهو قول الشافعي لأنه جزية في الحقيقة على ما قال عمر(٥): هذه جزية، فسموها ما شئتم، ولهذا تُصرف مصارف الجزية(٦)، ولا جزية على النسوان.

ولنا أنه مالٌ وجب بالصلح، والمرأة من أهل وجوب مثله عليها، والمصرف مصالح المسلمين(٧)؛ لأنه مال بيت المال، وذلك لا يختص بالجزية، ألا ترى أنه لا يراعى فيه(٨) شرائطها(٩).

---

(١) قوله: "فصل" أي هذا فصل في بيان أحكام نصارى بني تغلب، وذكره في فصل على حدة؛ لأن حكمهم مخالف لحكم سائر النصارى، وبنو تغلب بفتح التاء المثناة من فوق، وسكون الغين المعجمة وكسر اللام وائل بن وائل بن فاسط بن رهيب بن أوصى بن مجي بن حذيفة بن أسد بن ربيعة تنصروا في الجاهلية، فدعاهم عمر إلى الجزية، فأبوا، وقالوا: نحن عرب، خذ منا كما يأخذ بعضكم من بعض، فقال: لا آخذ الصدقة من مشرك، فلحق بعضهم بالروم، فقال النعمان بن زرعة: يا أمير المؤمنين إن القوم لهم بأس شديد، وهم عرب يأنفون الجزية، فلا تعن عليك العدو بهم، وخذ منهم الجزية باسم الصدقة، فبعث عمر في طلبهم، وضعف عليهم، وأجمع الصحابة على ذلك. (ب)

(٢) قلت: رواه ابن أبي شيبة. (ف)

(٣) هذا لفظ القدوري.

(٤) أي كما لا يؤخذ من الصبيان.

(٥) قلت: رواه البيهقي.

(٦) أي لكون الصدقة المذكورة جزية حقيقية.

(٧) قوله: "والمصرف إلخ" جواب عن قوله: تصرف مصارف الجزية، تقريره أن يقال: لا نسلم أن كونه يصرف مصرف الجزية يدل على أنه جزية؛ لأن مصرفه مصالح المسلمين، وهو لا يختص بالجزية، بل يوضع فيه خراج الأرضين، وما أعداه أهل العرب وغيرها. (ب)

(٨) أي في ما أخذ منهم من المضاعف. (عناية)

ويوضع على مولى التغلبى الخراج[١] أى الجزية، وخراج الأرض بمنزلة مولى القرشى[٢]، وقال زفر: يُضاعف[٣] لقوله عليه السّلام: «إن مولى القوم منهم»[٤]*، ألا ترى أن مولى الهاشمى يلحق به فى حق حرمة الصدقة. ولنا أن هذا[٥] تخفيف، والمولى لا يلحق بالأصل فيه، ولهذا[٦] تُوضع الجزية على مولى المسلم إذا كان نصرانيًا[٧]، بخلاف حرمة الصدقة[٨] لأن الحرمات تثبت بالشبهات، فألحق المولى بالهاشمى فى حقه[٩]. ولا يلزم مولى الغنى[١٠] حيث لا تحرم عليه الصدقة لأن الغنى من أهلها[١١]، وإنما الغنى مانع، ولم يوجد فى حق المولى.

---

(٩) قوله: "شرائطها" من وصف الصغار كعدم القبول من يد النائب، والإعطاء قائمًا، والقابض قاعدًا، وأخذ التلبيب. (ع)

(١) أى خراج الرأس.

(٢) قوله: "بمنزلة مولى القرشى" أى لا تؤخذ الجزية وخراج الأرض من القرشى، وتؤخذ من معتقه، فكذا ههنا. (ع)

(٣) أى خراج الرأس، وخراج الأرض على المولى أيضًا.

(٤) أخرجه أبو داود والترمذى.

* راجع نصب الراية ج٣ ص٤٥٥، وانظر فى الدراية ج٢ تحت الحديث ٧٤٢ وتقدم متنه فى الزكاة ص١٣٠. (نعيم)

(٥) قوله: "أن هذا" أى أخذ مضاعف الزكاة تخفيف يعنى أنه ليس فيه وصف الصغار، بخلاف الجزية. (ب)

(٦) أى لكون المولى لا يلحق بالأصل فى التخفيف.

(٧) قوله: "إذا كان نصرانيًا" ولم يلحق بمولاه فى ترك الجزية، وإن كان الإسلام أعلى أسباب التخفيف وأولاها، فإن قيل: حرمة الصدقة ليست بتغليظ، بل هى تخفيف بالتخليص عن التدنس بالآثام، وقد ألحق مولى الهاشمى فيها بالهاشمى، أجاب عنه بقوله: بخلاف حرمة الصدقة إلخ. (عناية)

(٨) جواب عن قياس زفر.

(٩) أى فى ما هو حق مولاه، وهو حرمة الصدقة. (ب)

(١٠) قوله: "ولا يلزم إلخ" جواب عما يقال: مولى الغنى لم يلحق به فى حرمات الصدقات، والعلة المذكورة وهى أن الحرمات تثبت بالشبهات موجودة. (ب)

(١١) أى من أهل الصدقة بالجملة.

أما الهاشمي[١] فليس بأهل لهذه الصلة[٢] أصلا؛ لأنه صِيْن[٣] لشرفه وكرامته عن أوساخ الناس، فأُلحق به مولاه.

قال: وما جَبَاه[٤] الإمام من الخراج، ومن أموال بني تغلب، وما أهداه أهل الحرب إلى الإمام، والجزية، يُصرف[٥] في مَصالح المسلمين كسدّ الثغور[٦]، وبناء القناطير والجُسور[٧]. ويُعطى[٨] قُضاة المسلمين، وعُمّالهم، وعلماءهم منه[٩] ما يكفيهم، ويدفع منه أرْزَاق المُقَاتلة، وذراريهم؛ لأنه مال بيت المال، فإنه وصل إلى المسلمين من غير قتال[١٠]، وهو مُعَدّ لمصالح المسلمين[١١]، وهؤلاء[١٢] عَمَلَتهم[١٣]، ونفقة

---

(١) قوله: "أما الهاشمي إلخ" لم يذكر المصنّف جوابًا عن حديث زفر، وهو أنه ورد بخلاف القياس، فاقتصر على مورد النص، وهو حرمة الصدقة خاصة، فلم يجز التعدية إلى غيرها، كذا قال العيني في "البناية".
أقول: هذا زلة عن القلم، كما لا يخفى، والصواب في الجواب عن حديث زفر يعني مولى القوم منهم أن يقال: إنه غير جار على عمومه، فإن مولى الهاشمي ليس كهو في الكفاءة، فوجب التأويل بأنه محمول على التعاون والتناصر؛ لأنه من لوازمه. (مولوي محمد عبد الحي نور الله مرقده)

(٢) أي الصدقة.

(٣) صيغة مجهول أي حفظ. (ب)

(٤) مبتدأ أي جمعه.

(٥) خبر.

(٦) قوله: "كسد الثغور" هو جمع ثغر بفتح الثاء وسكون الغين المعجمة، وهو الطرف الملاصق ببلد المسلمين من بلاد الكفار، والمراد بسد الثغور الإنفاق على الأجناد، وغيرهم المقيمين بحفظها، ونحو ذلك. (تهذيب اللغات للنووي)

(٧) قوله: "والجسور" الجسر ما يوضع ويرفع فوق الماء ليمر عليها، بخلاف القنطرة يحكم بناءها، ولا ترفع. (ف)

(٨) أي الإمام.

(٩) أي من الذي جباه الإمام.

(١٠) قوله: "من غير قتال" بخلاف ما يحصل لهم بالقتال، فإنه يقسم بين الغانمين، ولا يوضع في بيت المال. (ف)

(١١) قوله: "وهو معد إلخ" وزاد المصنف في التجنيس بعلامة السيّد أبي شجاع أنه يعطي أيضًا للمعلمين والمتعلمين، وبهذا يدخل طلبة العلم. (ف)

(١٢) أي القضاة والعلماء.

(١٣) جمع عامل.

الذرارى على الآباء، فلو لم يُعطوا كفايتهم[١] لاحتاجوا إلى الاكتساب، ولا يتفرغون للقتال. ومن مات فى نصف السنة[٢] فلا شىء له من العطاء[٣]؛ لأنه نوع صلةٍ، وليس بدين، ولهذا سُمِّى عطاءً، فلا يملك قبل القبض، ويسقط بالموت[٤]، وأهل العطاء فى زماننا[٥] مثل القاضى والمدرس والمفتى، والله أعلم.

باب أحكام[٦] المرتدين[٧]

قال[٨]: وإذا ارتد المسلم عن الإسلام -والعياذُ بالله- عُرِض عليه الإسلام، فإن كانت له شبهة، كُشفت عنه؛ لأنه عساه اعترته[٩] شبهةٌ فتُزاح[١٠]، وفيه دفع شره بأحسن الأمرين[١١] إلا أن العرض[١٢] على ما قالوا[١٣] غير واجب؛ لأن الدعوة بلغته، قال: ويُحبَس ثلاثة أيّام[١٤]، فإن

---

(١) من بيت المال.

(٢) وكذلك لو مات فى آخر السنة. (عناية)

(٣) قوله: "فلا شىء له من العطاء" هو ما يكتب للغزاة فى الديوان، ولكل من قام بأمرٍ من أمور الدين كالقاضى والمفتى والمدرس. (ك)

(٤) قوله: "ويسقط بالموت" ولو أخذ فى أولها، ثم مات، أو عزل قبل مضيها، قيل: يجب رد ما بقى، وقيل: على قياس تعجيل المرأة النفقة لا يجب. وقال محمد: أحب إلى رد الباقى كما لو عجل لها نفقة ليتزوجها، فمات قبل التزوج، لعدم حصول المقصود، وعندهما هو صلة من وجه، فينقطع حق الاسترداد بالموت كالرجوع فى الهبة، ذكره قاضى خان والتمرتاشى. (ف)

(٥) وفى الابتداء كان يعطى كل من له ضرب مزية فى الإسلام كأمهات المؤمنين. (ع)

(٦) لما فرغ عن بيان الكفر الأصلى، ذكر فى هذا الباب الكفر الطارئ. (عناية)

(٧) المرتد: هو الراجع عن الإسلام. (ف)

(٨) أى القدورى.

(٩) أى اعترضت له شبهة. (ف)

(١٠) أى تزال من الإزاحة.

(١١) أى القتل والإسلام. (ف)

(١٢) لما كان ظاهر كلام القدورى وجوب العرض، قال: إلا أن العرض إلخ.

(١٣) أى المشايخ.

أسلم[١]، وإلا قتل. وفى "الجامع الصغير": المرتد يُعرض عليه الإسلام، حرًا كان أو عبدًا، فإن أبى قتل، وتأويل الأول[٢] أنه يستمهَل[٣]، فيُمهل ثلاثة أيامٍ[٤]؛ لأنها مُدة ضُربت لإبلاء[٥] الأعذار.

وعن أبى حنيفة وأبى يوسف: أنه يستحب أن يؤجله ثلاثة أيامٍ، طلب ذلك أو لم يطلب. وعن الشافعى[٦]: أن على الإمام[٧] أن يؤجّله ثلاثة أيامٍ، ولا يحل له أن يقتلَه قبل ذلك؛ لأن ارتداد المسلم يكون عن شبهة ظاهرًا، فلا بد من مدة يمكنه التأمل، فقدرناه بالثلاث. ولنا قوله تعالى: ﴿فاقتلوا المشركين﴾ من غير قيد الإمهال، وكذا قولُه عليه السّلام[٨]: «من بدّل دينَه فاقتلوه»*، ولأنه كافر حربى[٩] بَلَغَتْه الدعوةُ، فيُقتل للحال من غير استمهال، وهذا لأنه لا يجوز تأخير الواجب لأمر موهوم[١٠].

(٤ إ) قوله: "ويحبس إلخ" هذه العبارة أيضًا من القدورى يوجب وجوب الإنظار ثلاثة أيام على ما عرف من الأخبار فى مثله، فذكر عبارة "الجامع الصغير"، فإنه يفيد أن إنظاره ليس واجبًا، ولا مستحبًا، وإنما تعينت الثلاثة لأنها مدة ضربت لإبلاء الأعذار بدليل حديث حبان بن منقذ فى شرط الخيار فى البيع ثلاثة أيام لدفع الغبن. (ف)

(١) أى فنعم المطلوب.

(٢) قوله: "وتأويل الأول" أى قول القدورى: ويحبس ثلاثة أيام. (عناية)

(٣) أى يطلب المهلة.

(٤) قوله: "فيمهل ثلاثة أيام" وأما إذا لم يطلب، فالظاهر من حاله أنه متعنت فى ذلك، فلا بأس بقتله إلا أنه يستحب أن يستتاب. (ع)

(٥) بالكسر أى الاختبار.

(٦) قوله: "وعن الشافعى إلخ" الصحيح من مذهبه أنه إن تاب فى الحال فبها، وإلا قتل؛ لحديث معاذ مرفوعًا: «من بدل دينه فاقتلوه» من غير تقييد بالإنظار، وهو اختيار ابن المنذر. (ف)

(٧) أى يجب عليه.

(٨) قلت: أخرجه البخارى والطبرانى.

* راجع نصب الراية ج٣ ص٤٥٦، والدراية ج٢، الحديث ٧٤٣ ص١٣٦. (نعيم)

(٩) قوله: "ولأنه كافر حربى" بيانه: أن المرتد كافر لا محالة، وليس بمستأمن؛ لأنه لم يطلب الأمان، ولا ذمى؛ لأنه لا تقبل الجزية منه، فكان حربيًا. (عناية)

(١٠) قوله: "لأمر موهوم [وهو إسلام المرتد. ب]" فإن قلت: قد مر أنه إذا استمهل ثلاثة أيام يمهل، وعن

ولا فرق بين الحر والعبد لإطلاق الدلائل[١]، وكيفية توبته[٢] أن يَتَبرّأ[٣] عن الأديان كلّها سوى الإسلام؛ لأنه لا دين له[٤]، ولو تبرّأ عما انتقل[٥] إليه، كفاه لحصول المقصود.

قال[٦]: فإن قتله[٧] قاتل قبل عرض الإسلام عليه كره، ولا شيء[٨] على القاتل، ومعنى الكراهية ههنا ترك المستحب[٩]، وانتفاء الضمان؛ لأن الكفر مُبيح[١٠] للقتل، والعرض بعد بلوغ الدعوة غير واجب، وأما المرتدة فلا تُقتل[١١]. وقال الشافعي: تقتل؛ لما روينا[١٢]، ولأن ردة الرجل مُبيحة للقتل من حيث إنه جناية متغلظة[١٣]، فتُناط بها عقوبة متغلظة[١٤]، وردة

أبي حنيفة وأبي يوسف: أنه يستمهل ثلاثة أيام وإن لم يطلب، قلت: هذا وجه القياس، وفي القياس لا يجوز الاستمهال، وما ذكر هناك استحسان. (حاشية ملا إله داد)

(١) قوله: "لإطلاق الدلائل" يعني قوله تعالى: ﴿فاقتلوا المشركين﴾، وقوله عليه السّلام: «من بدل دينه فاقتلوه». (عناية)

(٢) بكلمة الشهادتين.

(٣) أي بعد الإتيان.

(٤) قوله: "لأنه لا دين له" يعني لو كان له دين كاليهودية والنصرانية لوجب عليه أن يبرأ عن ذلك، ولكن ليس له دين، فلأجل هذا يتبرأ عن الأديان كلها سوى الإسلام. (ب)

(٥) أي من الإسلام.

(٦) أي القدوري.

(٧) أي المرتد.

(٨) من القصاص أو الدية.

(٩) قوله: "ترك المستحب" فالكراهية ههنا تنزيهية، وعند من يقول: بوجوب العرض تحريمية، وفي "شرح الطحاوي": إذ فعل ذلك أي القتل بغير إذن الإمام أدب. (ب)

(١٠) أي الكفر المحارب. (ك)

(١١) ولو قتلها، فلا شيء عليه.

(١٢) قوله: "لما رويناه" إشارة إلى قوله عليه السّلام: «من بدل دينه فاقتلوه»، وكلمة "من" تعم الرجال والنساء، كقوله تعالى: ﴿فمن شهد منكم الشهر فليصمه﴾. (كفاية)

(١٣) هي جناية الكفر. (فتح القدير)

(١٤) وهو القتل. (ب)

المرأة تشاركها[١] فيها، فتشاركها في موجبها.

ولنا أن النبي عليه السلام[٢] نهى عن قتل النساء[٣]*، ولأن الأصل تأخير الأجزية إلى دار الآخرة[٤]؛ إذ تعجيلها يخلّ بمعنى الابتلاء، وإنما عُدل عنه دفعًا لشرٍ ناجزٍ[٥]، وهو الحراب، ولا يتوجه ذلك[٦] من النساء لعدم صلاحية البنية[٧]، بخلاف الرجال، فصارت المرتدة كالأصلية[٨]. قال: ولكن تحبس حتى تسلم؛ لأنها امتنعت عن إيفاء حق الله تعالى بعد الإقرار، فتُجبر على إيفاءه بالحبس، كما في حقوق العباد[٩]. وفي "الجامع الصغير"[١٠]: وتجبر المرأة على الإسلام، حرة كانت أو أمة، والأمة يُجبرها مولاها، أما الجبر فلما ذكرنا[١١]، ومن المولى لما فيه من الجمع بين الحقين[١٢]، ويروى تُضرب[١٣] في كل أيام مبالغة في

---

(١) والاشتراك في العلة يوجب الاشتراك في الحكم. (ك)

(٢) رواه الجماعة إلا ابن ماجة. (عيني)

(٣) قوله: "نهى عن قتل النساء" وقوله: «من بدل دينه فاقتلوه» وإن كان عامًا، لكن يجب تخصيصه بالرجال؛ إذ العام والخاص إذا وردا في حادثة، يجعل الخاص مخصّصًا للعام. (اله داد)

* راجع نصب الراية ج٣ ص٤٥٦، والدراية ج٢، الحديث ٧٤٤ص١٣٦. (نعيم)

(٤) قوله: "إلى دار الآخرة" فإنها الموضوعة للأجزية على الأعمال المصنوعة في هذه الدار، وكل جزاء شرع في هذه الدار، فإنما هو لمصالح تعود إلينا كالقصاص، وحد القذف، وحد الشرب والزنا، والسرقة شرعت لحفظ النفوس: والأعراض، والعقول، والأنساب. فكذا يجب القتل بالردة لدفع شر الحرابة، لا جزاءً على فعل الكفر؛ لأن جزاءه أعظم عند الله، فيخص لمن يتأتى منه الحرب، وهو الرجل، ولهذا نهى رسول الله ﷺ عن قتل النساء، وعلله بأنها لم تكن تقاتل على ما صح من الحديث، ولهذا قلنا: لو كانت المرأة ذات رأى وتبع تقتل، لا لردتها، بل لأنها ح تسعى في الأرض بالفساد. (ف)

(٥) أي واقع في الحال.

(٦) أي الحرب.

(٧) بكسر وضم أول وسكون نون بمعنى بنياد نهاد. (غث)

(٨) والأصلية لا تقتل، فكذا المرتدة. (ب)

(٩) كالديون يجبر على إيفاءها.

(١٠) قوله: "وفي الجامع الصغير إلخ" أعاد روايته لاشتمالها على ذكر الحرة والأمة. (عناية)

(١١) يعني أنها امتنعت عن إيفاء حق الله بعد الإقرار. (ك)

(١٢) قوله: "من الجمع بين الحقين" يعني حق الله وحق السيد في الاستخدام، فإنه لا منافاة، بخلاف العبد المرتد، فإنه لا يدفع، فإنه لا فائدة في دفعه إليه؛ لأنه يقتل ولا يبقى ليتمكن استخدامه. (ف)

الحمل على الإسلام.

قال[١]: ويزول ملك المرتد عن أمواله بردته زوالا مُراعًى[٢]، فإن أسلم عادت[٣] إلى حالها. قالوا[٤]: هذا[٥] عند أبى حنيفة، وعندهما لا يزول ملكه لأنه مكلف محتاج، فإلى أن يقتل يبقى ملكه[٦] كالمحكوم عليه بالرجم والقصاص[٧]. وله أنه حربى مقهور تحت أيدينا حتى يقتل، ولا قتل إلا بالحراب[٨]، فهذا[٩] يوجب زوال ملكه ومالكيته، غير أنه[١٠] مدعو إلى الإسلام بالإجبار عليه، ويُرجى عوده إليه[١١]، فتوقفنا فى أمره[١٢]، فإن أسلم جعل هذا العارض[١٣] كأن لم يكن فى حق هذا الحكم[١٤]، وصار كأن لم يزل مسلمًا، ولم يَعْمل السبب[١٥].

(١٣) أى الأمة.

(١) أى القدورى. (ب)

(٢) أى محفوظًا موقوفًا. (ب)

(٣) أى أمواله. (ب)

(٤) أى المشايخ.

(٥) أى الذى ذكره القدورى من الزوال المراعى. (ب)

(٦) لأنه لا يتمكن من إقامة موجب التكليف إلا بالملك. (عناية)

(٧) قوله: "كالمحكوم عليه بالرجم والقصاص" فإن ملكه لا يزول بإباحة دمه. (ب)

(٨) قوله: "ولا قتل إلا بالحراب" فكان القتل ههنا مستلزمًا للحراب؛ لأن نفس الكفر ليس بمبيح للقتل حتى لا يقتل الأعمى والمقعد والشيخ الفانى، وقد تحقق الملزوم بالاتفاق، وهو كونه ممن يقتل، فلا بد من كونه حربيًا. (عناية)

(٩)قوله: "فهذا" أى كونه حربيًا مقهورًا تحت أيدينا يوجب زوال ملكه؛ لأن القهورية أمارة المملوكية، وإذا كان مقهورًا ارتفعت مالكيته، وارتفاعها يستلزم ارتفاع الملك. (ع)

(١٠) أى المرتد.

(١١) لأنه كان ممن دخل الإسلام، وعرف محاسنه. (ف)

(١٢) أى قلنا: ملكه موقوف.

(١٣) أى الارتداد.

(١٤) قوله: "فى حق هذا الحكم [أى زوال الملك. ف]" احترز به عن حكم عمله، وبينونة امرأته، ووجوب تجديد كلمة الشهادة. (ب)

وإن مات، أو قتل على ردته، أو لحق بدار الحرب، وحكم بلحاقه[1]، استقر كفره، فيعمل السبب عمله، وزال ملكه.

قال[2]: وإن مات، أو قُتل على ردته انتقل ما اكتسبه في إسلامه إلى ورثته المسلمين، وكان ما اكتسبه في حال ردته فيئًا، وهذا عند أبي حنيفة[3] وقال أبو يوسف ومحمد: كلاهما[4] لورثته، وقال الشافعي[5]: كلاهما فيء؛ لأنه مات كافرًا، والمسلم لا يرث الكافر، ثم هو مال حربي لا أمان له، فيكون فيئًا[6]. ولهما أن ملكه في الكسبين[7] بعد الردة باقٍ على ما بيناه[8]، فينتقل بموته إلى ورثته، ويستند إلى ما قبيل ردته[9]؛ إذ الردة سبب الموت[10]، فيكون توريث المسلم من المسلم[11].

ولأبي حنيفة أنه يمكن الاستنادُ في كسب الإسلام لوجوده قبل الردة، ولا يمكن الاستناد في كسب الردة لعدمه قبلها.

---

(١٥) أي بالارتداد، وفي بعض النسخ: بالسبب، فيكون لم يعمل مجهولا.

(١) أي حكم القاضي بلحاقه بدار الحرب، فصار في حكم الأموات.

(٢) أي القدوري.

(٣) وبه قال زفر والحسن. (ب)

(٤) أي الكسبان جميعًا.

(٥) وبه قال أحمد ومالك. (ب)

(٦) قوله: "فيكون فيئًا" يعني يوضع في بيت المال؛ ليكون للمسلمين باعتبار أنه مال ضائع. (عناية)

(٧) أي كسب حالة الإسلام، وكسب حالة ردته.

(٨) قوله "على ما بيناه" إشارة إلى قوله: لأنه مكلف محتاج إلى آخره. (عناية)

(٩) جواب عما يقال: هذا توريث المسلم من الكافر. (ب)

(١٠) قوله: "إذ الردة سبب الموت" فجعل موتًا حكمًا، فكان آخر جزء من أجزاء إسلامه آخر جزء من أجزاء حياته، فكان توريث المسلم من المسلم بهذه الحيثية. (ب)

(١١) قوله: "فيكون توريث إلخ" قلت: نعم، ينتقل إلى ورثته، ولكن إذا كانت له ورثة وقت الموت، والقول باستناد التوريث إلى قبيل الردة إن كان يمكن في ما اكتسبه في إسلامه، فلا يمكن في ما اكتسبه في ردته؛ لأن ملك المورث فيه مقتصر على حال الاكتساب، فاستحال أن يستند ملك المورث فيه إلى ما قبل سبب الموت، فلا يكون توريث المسلم من المسلم. (إله داد)

ومن شرطه[١] وجوده[٢]، ثم إنما يرثه من كان وارثًا له حالة الردة[٣]، وبقى وارثًا إلى وقت موته فى رواية عن أبى حنيفة[٤] اعتبارًا للاستناد.

وعنه[٥] أنه يرثه من كان وارثًا له عند الردة[٦]، ولا يبطل استحقاقه بموته[٧]، بل يخلفه وارثه؛ لأن الردة بمنزلة الموت. وعنه[٨] أنه يعتبر وجود الوارث عند الموت[٩]؛ لأن الحادث بعد انعقاد السبب قبل تمامه كالحادث قبل انعقاده[١٠] بمنزلة الولد الحادث من المبيع قبل القبض[١١]. وترثه امرأته المسلمة إذا مات، أو قتل على ردته، وهى فى العدة؛ لأنه يصير فارًا[١٢] وإن[١٣] كان صحيحًا وقت الردة، والمرتدة كسبها لورثتها؛ لأنه لا حراب[١٤]

---

(١) أى شرط إسناد التوريث.

(٢) أى وجود الكسب قبل الردة. (ب)

(٣) قوله: "من كان وارثًا له حالة الردة" بأن كان حرًا مسلمًا، وبقى كذلك إلى وقت موته، أو لحاقه، فإن المستند لا بد أن يثبت أولا، ثم يستند، فيجب أن يصادف عند ثبوته من هو بصفة استحقاق الإرث، وهو المسلم الحر، كذا عند استناده حتى لو أسلم بعض أقربائه، أو ولد من علوق حادث بعد الردة، لا يرثه على هذه الرواية.

(٤) رواها الحسن عنه. (ف)

(٥) هذه رواية أبى يوسف عنه. (ف)

(٦) على هذه الرواية عول الكرخى. (ف)

(٧) قوله: "ولا يبطل استحقاقه بموته" أى قبل موت المرتد؛ لأن الردة بمنزلة الموت فى حكم التوريث، ومن مات من الورثة بعد موت مورثه قبل قسمة الميراث لا تبطل استحقاقه، ويخلفه وارثه. (ب)

(٨) هذه رواية رواها محمد، وقال فى "المبسوط": هو أصح. (ف)

(٩) قوله: "عند الموت [أى موت المرتد]" سواء كان موجودا وقت الردة، أو حدث بعده. (عناية)

(١٠) قوله: "كالحادث قبل انعقاده" فلا جرم تعتبر زمان الموت؛ لأن السبب يتم به حتى يرثه الولد الحادث بعد الردة. (ب)

(١١) قوله: "بمنزلة الولد إلخ" فى أنه يصير معقودًا عليه بالقبض، ويكون له حصته من الثمن، قال فى "النهاية": الحاصل أن على رواية الحسن يشترط الوصفان كونه وارثا وقت الردة، وكونه باقيًا كذلك إلى وقت الموت، أو القتل، وعلى رواية أبى يوسف يعتبر الوصف الأول، وعلى رواية محمد يعتبر الوصف الثانى. (ع)

(١٢) قوله: "لأنه يصير فارًا" وهذا لأن الردة سبب الموت، وهى باختياره، فأشبهت الطلاق البائن فى مرض الموت، وهو يوجب الإرث إذا مات، وهى فى العدة، ولو كان وقت الردة مريضًا، فلا إشكال فى إرثها.

وروى أبو يوسف عن أبى حنيفة أنها ترثه، وإن كانت منقضية العدة؛ لأنها كانت وارثة عند الردة، وبه قال أبو يوسف، وهو تفريع على رواية الاكتفاء بالتحقق بصفة الوارث حالة الردة فقط، وما فى الكتاب فهو على رواية الحسن. (ف)

(١٣) الواو وصلية.

منها، فلم يوجد سبب الفيء.

بخلاف المرتد[١] عند أبي حنيفة ويرثها زوجها المسلم إن ارتدت[٢]، وهي مريضة لقصدها إبطال حقه، وإن كانت صحيحة[٣] لا يرثها؛ لأنها لا تقتل، فلم يتعلق حقه[٤] بمالها بالردة، بخلاف المرتد[٥].

قال: وإن لحق بدار الحرب مرتدًا، وحكم الحاكم بلحاقه عتق مدبروه، وأمهات أولاده، وحلّت الديون التي عليه، ونُقل ما اكتسبه في حال الإسلام إلى ورثته من المسلمين[٦]. وقال الشافعي: يبقى مالُه موقوفًا كما كان[٧] لأنه[٨] نوع غيبة، فأشبه الغيبة في دار الإسلام. ولنا أنه باللحاق صار من أهل الحرب، وهم أموات[٩] في حق أحكام الإسلام لانقطاع ولاية الإلزام[١٠]، كما هي منقطعة عن الموتى، فصار كالموت إلا أنه[١١] لا

(١٤) قوله: "لأنه لا حراب" أي فلا قتل لما تقدم من الملازمة، وحاصل الفرق أن المرأة لا تقتل، والرجل يقتل، ومعناه أن عصمة المال تابعة لعصمة النفس، فبالردة لا تزول عصمة نفسها، فكذلك عصمة مالها، بخلاف المرتدة، ولما كانت عصمة مالها باقية بعد الردة كان كل واحد من الكسبين ملكًا لها. (عناية)

(١) فإن ما اكتسبه في الردة فيء عنده. (ع)

(٢) قوله: "ويرثها زوجها المسلم إلخ" وكان القياس أن لا يرثها؛ لأن فرار الزوج إنما يتحقق إذا مات، وهي في العدة، ثم ههنا لا عدة على الرجل، ووجه الاستحسان ما أشار إليه بقوله: لقصدها إلخ، وبيانه أن حقه تعلق بماله لمرضها، فكانت بالردة قاصدة إبطال حقه فارة، فيرد عليها قصدها. (عناية)

(٣) أي عند الردة.

(٤) إشارة إلى أن ردتها لم تعتبر مفضية إلى الموت من حيث إنها لا تستحق القتل. (د)

(٥) قوله: "بخلاف المرتد" لأنه مستحق للقتل، سواء ارتد في صحته، أو مرضه، فكان فارًا. (ب)

(٦) وكذا ما اكتسبه في ردته عندهما. (ف)

(٧) أي قبل اللحاق.

(٨) أي إلحاقه بدار الحرب.

(٩) لقوله تعالى: ﴿ومن كان ميتًا فأحييناه﴾ أي كافرا فهديناه. (ب)

(١٠) قوله: "لانقطاع ولاية الإلزام" بخلاف الغيبة في بلدة أخرى من دار الإسلام؛ لأن ولاية إلزامنا ثابتة فيها، فلا يلحق بذلك. (ف)

(١١) أي الشأن.

يستقر لحاقه إلا بقضاء القاضى لاحتمال العود إلينا[١]، فلا بد من القضاء، وإذا تقرّر موته[٢]، ثبتت الأحكام المتعلقة به، وهى ما ذكرناها[٣] كما فى الموت الحقيقى. ثم يُعتبر كونه وارثًا عند لحاقه فى قول محمد؛ لأن اللحاق هو السبب، والقضاء لتقرره بقطع الاحتمال[٤].

وقال أبو يوسف[٥]: وقت القضاء؛ لأنه يصير موتًا بالقضاء، والمرتدة إذا لحقت بدار الحرب، فهى على هذا الخلاف[٦]. وتُقضى الديون[٧] التى لزمته فى حال الإسلام مما اكتسبه فى حال الإسلام، وما لزمه فى حال ردته من الديون تقضى مما اكتسبه فى حال ردته. قال العبد الضعيف عصمه الله: هذه رواية عن أبى حنيفة، وعنه[٨] أنه يُبدأ بكسب الإسلام، وإن لم يَفِ بذلك يُقضى من كسب الردة، وعنه[٩] على عكسه[١٠]. وجه الأول[١١]: أن

(١) قوله: "لاحتمال العود إلينا إلخ" لقائل أن يقول: ما وجه تأثير القضاء فى تقرر اللحاق مع أن احتمال عوده إلى دارنا قبل القضاء كهو بعده. وجوابه أنه ما لم يقضِ بلحوقه بها جاز أن يعتبره الشرع، فأما إذا قضى بلحاقه سقط احتمال العود، واعتباره شرعًا. (د)

(٢) أى موته الحكمى.

(٣) من قوله: عتق مدبروه إلى آخره. (عناية)

(٤) قوله: "لقطع الاحتمال" أى احتمال عوده إلى دار الإسلام أى اللحاق لا يوجب أحكام الموت إلا إذا كان أمرًا مستقرًا، وهو غير معلوم، فبالقضاء به يتقرر. (ف)

(٥) قوله: "وقال أبو يوسف إلخ" حتى لو كان من يرث وقت الردة كافرًا، أو عبدًا، ووقت القضاء مسلمًا معتقًا يرث عنده، لا عند محمد. (ف)

(٦) قوله: "فهى على هذا الخلاف" فعند أبى يوسف يعتبر وجود الوارث وقت القضاء، وعند محمد وقت اللحاق. (ب)

(٧) هذا كله قول القدورى. (ب)

(٨) رواها زفر عنه. (عناية)

(٩) قوله: "وعلى عكسه [هى رواية أبى يوسف عنه]" وهو أن يبدأ فى قضاء الدين بكسب الردة. (عناية)

(١٠) قوله: "وجه الأول إلخ" يعنى أن الحامل على الكسب هو السبب الموجب للدين؛ لأن قضاء الدين أهم، فالظاهر أنه اكتسبه ليؤدى به الدين اللازم عليه، فيكون الكسب من أرباح المداينة وغنائمه، ومن له غنم الشيء، فعليه غرمه، ومنه قوله عليه الصلاة والسلام: «الغرم بالغنم»، وقضاء الدين غرامة المداينة؛ لأنه تعب

المستحق بالسببين مختلف، وحصولُ كل واحد من الكسبين باعتبار السبب الذى وجب به الدين، فيُقضىٰ كل دين من الكسب المكتسب الذى فى تلك الحالة؛ ليكون الغُرم[1] بالغنم.

وجه الثانى: أن كسب الإسلام ملكُه حتى يخلفُه[2] الوارث فيه، ومن شرط هذه الخلافة[3] الفراغ عن حق المورث، فيقدم الدين عليه[4].

أما كسبُ الردة فليس بمملوك له[5] لبطلان أهلية الملك بالردة عنده[6]، فلا يقضى دينه منه إلا إذا تعذّر[7] قضاءه من محل آخر[8]، فحينئذ يقضى منه[9] كالذمى إذا مات، ولا وارث له، يكون مالُه لجماعة المسلمين، ولو كان عليه دين يقضى منه كذلك ههنا.

وجه الثالث[10]: أن كسب الإسلام حقُّ الورثة، وكسب الردة خالص

يلحقه من قبله. (إله داد)

(١١) أى كسب الإسلام وكسب الردة.

(١) قوله: "ليكون الغرم بالغنم" الغرم بضم الغين المعجمة الضمان والمؤنة، والغنم بضم الغين المعجمة النفع، المعنى أن الضمان بعوض المنفعة، فمن له الغنم، فعليه غرمه. (قمر الأقمار لنور الأنوار)

(٢) بضم الفاء؛ لأن حتى للحال. (ب)

(٣) أى خلافة الوارث.

(٤) أى على التوريث.

(٥) أى المرتد.

(٦) أى عند أبى حنيفة.

(٧) بأن لم يف.

(٨) هو كسب الإسلام.

(٩) قوله: "فح يقضى منه" فإن قيل: كيف يقضى منه، وهو فىء عنده غير مملوك له، بل لجماعة المسلمين؟ أجاب عنه فقال: لا بعد ذلك، فإن الذمى إذا مات، ولا وارث له يكون ماله لجماعة المسلمين، ومع ذلك إن كان عليه دين يقضى منه، فكذلك ههنا. (ف)

(١٠) قوله: "وجه الثالث إلخ" فيه بحث بوجوه: الأول: ما قيل: إنه يناقض قوله: وأما كسب الردة، فليس بمملوك له. والثانى: أن كون كسب الإسلام حق الورثة ممنوع، فإن حقهم إنما يتعلق بالتركة بعد الفراغ عن حق المورث، والثالث: أن قضاء الدين من خالص حقه واجب، ومن حق غيره ممتنع، فلا وجه لقوله أولى.

وأجيب عن الأول: بأن معنى خلوص الحق ههنا أن لا يتعلق حق الغير به، كما يثبت التعلق فى مال المريض،

حقه، فكان قضاء الدين منه أولى، إلا إذا تعذر بأن لم يفِ به، فحينئذٍ يُقضى من كسب الإسلام تقديمًا لحقه.

وقال أبو يوسف ومحمد[١]: تقضى ديونه من الكسبين لأنهما جميعا ملكه حتى يجرى الإرثُ فيهما، والله أعلم.

قال[٢]: وما باعه[٣]، أو اشتراه[٤]، أو أعتقه، أو وَهبه، أو رَهنه، أو تصرف فيه من أمواله فى حال ردته، فهو موقوف[٥]، فإن أسلم صحت عقوده[٦]، وإن مات، أو قُتل، أو لحق بدار الحرب بطلت، وهذا عند أبى حنيفة[٧]، وقال أبو يوسف ومحمد: يجوز ما صنع فى الوجهين[٨]. اعلم أن تصرفات المرتد على أقسام: نافذ بالاتفاق كالاستيلاد والطلاق[٩]؛ لأنه لا يفتقر إلى حقيقة الملك[١٠]، وتمام

ولا يلزم من كونه خالص حقه، كونه ملكًا له، ألا يرى أن كسب المكاتب خالص حقه، وليس بملك له.

وعن الثانى: بأن الدين إنما يتعلق بماله عند الموت، لا بما زال من قبل، وكسب الإسلام قد زال، وانتقل بالردة إلى الورثة، وكسبه فى الردة هو ماله عند الموت، فيتعلق بالدين به.

وعن الثالث: بأن كسب الإسلام بعرضيته أن يصير خالص حقه بالتوبة، فكان أحدهما خالص حقه، والآخر بعرضيته أن يصير خالص حقه، ولا شك أن قضاء الدين من الأول أولى. (ع)

(١) وبه قالت الأئمة الثلاثة. (ب)

(٢) أى القدورى.

(٣) مبتدأ.

(٤) أى المرتد.

(٥) خبر.

(٦) من البيع والشراء والإعتاق، وما بعدها.

(٧) قوله: "وهذا عند أبى حنيفة" إنما قال: كذلك؛ لأن المسألة من مسائل القدورى، وليس الخلاف مذكورا فيه فى هذا الموضع. (عناية)

(٨) قوله: "فى الوجهين" يريد بأحدهما الإسلام، بالثانى الموت، والقتل، واللحاق. (ع)

(٩) قوله: "والطلاق [صورته إذا ارتدا معًا، كذا فى الكافى]" فإن قلت: كيف يمكن طلاق المرتد، وبمجرد الردة تبين المرأة، قلت: هذا ليس بممنوع. ألا ترى أن المسلم إذا أبان زوجته، ثم طلقها فى العدة جاز، ويمكن أن يمنع البينونة بالردة، كما إذا ارتد الزوجان معًا. (ب)

(١٠) قوله: "لأنه لا يفتقر إلى حقيقة الملك" راجع إلى قوله: كالاستيلاد أى لأن الاستيلاد لا يفتقر إلى

الولاية[١]. وباطل[٢] بالاتفاق[٣] كالنكاح والذبيحة لأنه[٤] يعتمد الملة، ولا ملة له[٥]، وموقوف بالاتفاق كالمفاوضة[٦] لأنها تعتمد المساواة[٧]، ولا مساواة بين المسلم والمرتد ما لم يسلم، ومختلف في توقفه، وهو ما عددناه[٨]. لهما أن الصحة تعتمد الأهلية، والنفاذ يعتمد الملك، ولا خفاء في وجود الأهلية لكونه مخاطبًا[٩]، وكذا الملك لقيامه قبل موته على ما قررناه من قبل[١٠]، ولهذا[١١] لو وُلد له ولد بعد الردة لستة أشهر من امرأة مسلمة[١٢] يرثه[١٣].

حقيقة الملك بدليل أنه يصح في جارية الابن. (ب)

(١) قوله: "وتمام الولاية" راجع إلى الطلاق أي لأن الطلاق لا يفتقر إلى تمام الولاية، ألا ترى أن العبد يصح طلاقه مع أنه لا ولاية له، ومن هذا القسم النافذ تسليم الشفعة، وقبول الهبة، والحجر على عبده المأذون. (ب)

(٢) ومن هذا القسم إرثه. (ف)

(٣) بين أصحابنا.

(٤) أي كل واحد من النكاح والذبيحة.

(٥) قوله: "ولا ملة له" حاصله ما فسر به ظهير الدين في "فوائده": أن المراد بالملة التي يدينون بملك النكاح التوارث والتناسل، والمرتد لا يتحقق في نكاحه ذلك؛ لأنه يقر حيًا. (ف)

(٦) قوله: "كالمفاوضة" معناه أن المرتد إن فاوض مسلمًا توقف، فإن أسلم نفذت المفاوضة، وإن مات، أو قتل، أو قضى بلحاقه بدار الحرب، بطل المفاوضة بالاتفاق. (عناية)

(٧) قوله: "لأنها تعتمد المساواة" قد علم أن المفاوضة تضمن وكالة وكفالةً، وإن يتساويا مالا ودينًا ونصرة، فلا تصح بين حر وعبد وصبي وبالغ ومسلم وكافر. (ت)

(٨) قوله: "وهو ما عددناه" من بيعه وشراءه وعتقه ورهنه، ومنه الكتابة وقبض الديون والإجارة والوصية. (ف)

(٩) قوله: "لكونه مخاطبًا" ألا ترى أن القتل يجب عليه بارتداده، ولو كانت أهليته معدومة، أو ناقصة لم يجب عليه. (ب)

(١٠) إشارة إلى قوله: لأنه مكلف محتاج إلخ. (عناية)

(١١) أي لأجل قيام ملكه. (ب)

(١٢) قوله: "من امرأة مسلمة" إنما قيد به؛ لأن الأم إذا كانت نصرانية كان الولد مرتدًا تبعًا لأبيه؛ لأنه أقرب إلى الإسلام من النصرانية؛ لأنه يجبر على الإسلام، والمرتد لا يرث أحدًا؛ لأنه لا ملة له، ولا ولاية له، وإذا كانت مسلمة، صار الولد مسلمًا تبعًا لها. (ك)

(١٣) ولو كان ملكه زائلا لا يرثه.

ولو مات ولده بعد الردة قبل الموت[١] لا يرثه[٢]، فتصح تصرفاته قبل الموت إلا أن عند أبي يوسف تصح، كما تصح من الصحيح[٣]؛ لأن الظاهر عوده إلى الإسلام؛ إذ الشبهة[٤] تزاح، فلا يقتل، وصار كالمرتدة[٥]. وعند محمد تصح كما تصح من المريض[٦]؛ لأن من انتحل إلى نحلةٍ[٧] لا سيما معرضًا عما نشأ عليه[٨] قلّما يتركه[٩]، فيُفضى إلى القتل ظاهرًا، بخلاف المرتدة؛ لأنها لا تقتل[١٠]. ولأبى حنيفة أنه حربى مقهور تحت أيدينا على ما قررناه فى توقف الملك[١١]، وتوقف التصرفات بناءٌ عليه[١٢]، وصار[١٣] كالحربى يدخل دارنا بغير أمان، فيؤخذ ويقهر، وتتوقف تصرفاته لتوقف حاله[١٤]، وكذا المرتد.

واستحقاقه القتل[١٥] لبطلان سبب العصمة فى الفصلين[١٦]، فأوجب

---

(١) أى المولود له بعد الردة. (ع)

(٢) قوله: "لا يرثه" فلو لم يكن ملكه قائمًا بعد الردة لورثه هذا الولد؛ لأنه كان حيًا وقت ردة الأب، وإذا ثبت وجود الأهلية، والملك يصح تصرفه. (ع)

(٣) يعنى من جميع المال.

(٤) أى التى عرضت للمرتد، وصارت سببًا لارتداد.

(٥) حيث لا تقتل. (ب)

(٦) يعنى من ثلث المال.

(٧) قوله: "لأن من انتحل إلى نحلة" أى من أثبت على دعوى فى "ديوان الأدب" يقال: انتحل فلان قول غيره، إذا ادعاه لنفسه، النحلة بكسر النون وسكون الحاء المهملة الدعوى. (ب)

(٨) وهو الإسلام.

(٩) جواب لمن. (ب)

(١٠) أى لأنها لا تقتل أصلا.

(١١) قوله: "على ما قررناه فى توقف الملك" إشارة إلى تعليل أبى حنيفة بقوله: وله أنه حربى مقهور تحت أيدينا عند قوله: ويزول ملك المرتد. (ب)

(١٢) أى على توقف الملك. (ب)

(١٣) أى هذا المرتد.

(١٤) قوله: "لتوقف حاله [أى بين الاسترقاق والقتل والمن. ب]" اعترض عليه بأن الحربى الذى دخل دارنا بغير أمان يكون ماله فيئًا، فكيف يتوقف تصرفاته، والاعتراف بجواز المن يسقط الاعتراض. (عناية)

(١٥) قوله: "واستحقاقه [جواب عن قولهما. ب] إلخ" جواب عما يقال: المرتد يجب أن يكون هو كالمقضى عليه بالقصاص والرجم؛ لأنه مقهور تحت أيدينا للقتل عينا خصوصًا، فإنه لا يمكن له حالة سوى القتل،

خللا فى الأهلية، بخلاف الزانى، وقاتل العمد[١] لأن الاستحقاق فى ذلك جزاء على الجناية، وبخلاف المرأة[٢] لأنها ليست حربية، ولهذا لا تقتل. فإن عاد المرتد بعد الحكم بلحاقه بدار الحرب إلى دار الإسلام مسلمًا، فما وجده فى يد ورثته من ماله بعينه أخذه؛ لأن الوارث إنما يخلفه فيه لاستغنائه[٣]، وإذا عاد مُسلمًا احتاج إليه[٤]، فيقدم عليه.

بخلاف[٥] ما إذا أزاله الوارث عن ملكه، وبخلاف أمهات أولاده، ومدبريه[٦] لأن القضاء قد صح بدليل مصحح[٧]، فلا ينقض، ولو جاء مسلمًا قبل أن يقضى القاضى بذلك، فكأنه لم يزل مسلمًا[٨]؛ لما ذكرنا[٩]. وإذا وطئ المرتد جارية نصرانية[١٠]، كانت له فى حالة الإسلام، فجاءت بولدٍ لأكثر من ستة أشهر[١١] منذ ارتد[١٢] فادعاه، فهى أم

بخلاف المرتد فإن غيرها محتمل لاحتمال إسلامه، ومع ذلك لا يزول ملك واحد منهما عن ماله، وتصرفاتهما نافذة. فأجاب بالفرق بأن استحقاق القتل فى الفصلين لبطلان العصمة لبطلان سببها، وهو الإسلام، بخلاف الزانى والقاتل عمدًا. (ف)

(١٦) أى فصل الحربى وفصل المرتد. (ع)

(١) فإنه لا تبطل عصمتهما ولا أهليتهما.

(٢) جواب عن قولهما، وصار كالمرتدة. (ب)

(٣) أى المرتد، حيث دخل دار الحرب. (عناية)

(٤) قوله: "احتاج إليه" قال شمس الأئمة الحلوائى: ولو كان هذا بعد موته حقيقة، بأن أحياه الله وأعاده إلى الدنيا، كان الحكم فيه كذلك إلا أنه خلاف العادة، فكذا هذا. (عناية)

(٥) قوله: "بخلاف [فإنه يمضى فيه، ولا يضمنه. ف] ما إذا أزاله الوارث عن ملكه" سواء كان بسبب يقبل الفسخ كالبيع والهبة، أو لا يقبل كالعتق والتدبير والاستيلاد. (ف)

(٦) فإنهم لا يعودون فى الرق. (ف)

(٧) وهو اللحاق مرتدًا؛ لأنه كالموت الحقيقى. (ف)

(٨) قوله: "لم يزل مسلمًا" فأمهات أولاده ومدبروه على حالهم، لا يعتقون بقضاء القاضى، وما كان عليه من الديون، فهو إلى أجله. (ع)

(٩) قوله: "لما ذكرنا" يعنى من قوله: إلا أنه لا يستقر إلا بقضاء القاضى. (ع)

(١٠) أو يهودية. (ف)

(١١) ولو إلى عشر سنين. (ف)

ولد له، والولد حر، وهو ابنه، ولا يرثه، وإن كانت الجارية مسلمة، ورثه الابن، إن مات على الردة، أو لحق بدار الحرب. أما صحة الاستيلاد فلما قلنا[١]، وأما الإرث فلأن الأم إذا كانت نصرانية، والولد تبع له[٢] لقربه إلى الإسلام[٣] للجبر عليه فصار فى حكم المرتد[٤]، والمرتد لا يرث المرتد. أما إذا كانت مسلمة فالولد مسلم تبعًا لها؛ لأنها خيرهما دينًا[٥]، والمسلم يرث المرتد. وإذا لحق المرتدُ بماله بدار الحرب، ثم ظهر على ذلك المال، فهو فىء[٦]، فإن لحق[٧] ثم رجع، وأخذ مالا، وألحقه بدار الحرب، فظُهر على ذلك المال، فوجدته الورثة قبل القسمة رُدّ عليهم[٨]؛ لأن الأول[٩] مال لم يجر فيه الإرث، والثانى[١٠] انتقل إلى الورثة بقضاء القاضى بلحاقه، وكان الوارث مالكًا قديمًا[١١].

(١٢) أى المرتد.

(١) قوله: "فلما قلنا" من أن صحة الاستيلاد لا تفتقر إلى حقيقة الملك حتى صح استيلاد العبد المأذون جارية من تجارته، ذكره الفقيه أبو الليث فى "شرح الجامع الصغير". (ف)

(٢) أى للمرتد.

(٣) لأنه لا يقر على الردة، بل يجبر عليه بالإسلام.

(٤) أى لما كان الولد تبعًا له، صار فى حكم المرتد. (ب)

(٥) والولد يتبع خير الأبوين دينًا.

(٦) هذا بإجماع الأئمة الأربعة. (ب)

(٧) أى بدار الحرب.

(٨) قوله: "رد عليهم" جواب الكتاب أى الجامع الصغير، وهو ظاهر الرعاية لا يفصل بين أن يكون عوده، وأخذه المال بعد القضاء بلحاقه، أو قبله، أما إذا كان بعد القضاء فظاهر؛ لأنه تقرر الملك للورثة، ثم استولى عليه الكافر، وأحرزه بدار الحرب. وأما إذا عاد قبله، فلأن عوده، وأخذه، ولحاقه ثانيًا يرجح جانب عدم العود، ويؤكده، فيتقرر موته، وما احتيج إلى القضاء باللحاق لغيره؛ لصيرورته ميراثًا إلا ليترجح عدم عوده، فكان رجوعه، وأخذه، ولحاقه ثانيًا بمنزلة القضاء، وفى بعض روايات السير جعله فيئًا؛ لأن بمجرد اللحاق لا يصير المال ملكًا للورثة، والوجه ظاهر الرواية. (ف)

(٩) أى المال الذى ذهب به المرتد أول مرة.

(١٠) أى المال الثانى الذى ذهب به بعد عوده.

(١١) قوله: "وكان الوارث مالكًا قديمًا" والمالك القديم إذا وجد ماله فى الغنيمة قبل القسمة، أخذه

وإذا لحق المرتد بدار الحرب، وله عبد[١]، فقُضى به لابنه[٢]، وكاتبه الابن، ثم جاء المرتد مسلمًا، فالكتابة جائزة، والمكاتبة والوَلاء[٣] للمرتد الذى أسلم[٤]؛ لأنه لا وجه إلى بطلان الكتابة لنفوذها بدليل منفّذ[٥]، فجعلنا الوارث[٦] الذى هو خلفه كالوكيل من جهته[٧]، وحقوق العقد فيه[٨] ترجع إلى الموكل[٩]، والولاء لمن يقع العتق عنه[١٠].

وإذا قتل المرتد رجلا خطأ، ثم لحق بدار الحرب، أو قُتل على ردته، فالدية فى مال اكتسبه فى حال الإسلام خاصة عند أبى حنيفة. وقالا: الدية فيما اكتسبه فى حالة الإسلام، والردة جميعًا؛ لأن العواقل[١١] لا تَعقل المرتد لانعدام النصرة، فتكون فى ماله. وعندهما الكسبان جميعًا ماله لنفوذ تصرفاته فى الحالين[١٢]، ولهذا يجرى الإرث فيهما[١٣] عندهما.

مجانًا. (ع)

(١) أى فى دار الإسلام.

(٢) بناء على موته.

(٣) أى بدل الكتابة.

(٤) لا لابنه الذى كاتب.

(٥) أى وهو القضاء بالعبد له.

(٦) أى الابن.

(٧) قوله: "كالوكيل من جهته" فإنه لما لحق بدار الحرب، صار كأنه سلط ابنه على ماله، وجعله خلفًا عنه فى التصرف، فلما عاد ثبت له حكم الإحياء، وبطل حكم الموت. (ب)

(٨) أى فى عقد الكتابة. (ع)

(٩) وهو ههنا الأب.

(١٠) قوله: "لمن يقع العتق عنه" والعتق إنما يحصل فيه بعد أداء بدل الكتابة، بخلاف ما إذا رجع مسلمًا بعد أداء بدل الكتاب؛ لأن الملك الذى كان له لم يبقَ قائمًا ح. (عناية)

(١١) قوله: "لأن العواقل إلخ" دفع لما يقال: إن فى القتل خطأ تجب الدية على العاقلة، لا فى مال القاتل، وحاصل الدفع أن وجوب الدية على العواقل إنما هو باعتبار النصرة، وهى منقطعة فى ما بين المرتد والمسلم، فيكون الدية فى ماله كسائر ديونه. (مولوى عبد الحى نور الله مرقده)

(١٢) أى حال الإسلام وحال الردة.

وعنده ماله المكتسب[١] في الإسلام لنفاذ تصرفه فيه دون المكسوب في الردة[٢] لتوقف تصرفه، ولهذا كان الأول[٣] ميراثًا عنده، والثاني[٤] فيئًا عنده. وإذا قُطعت يد المسلم عمدًا فارتد -والعياذ بالله- ثم مات على ردته من ذلك، أو لحق بدار الحرب، ثم جاء مسلمًا، فمات من ذلك، فعلى القاطع نصف الدية في ماله للورثة[٥]. أما الأول[٦]: فلأن السراية[٧] حلّت محلا غير معصوم فأهدرت[٨]، بخلاف[٩] ما إذا قُطعت يد المرتد، ثم أسلم، فمات من ذلك؛ لأن الإهدار[١٠] لا يلحقه الاعتبار، أما المعتبر فقد يهدر بالإبراء، فكذا بالردة[١١]. وأما الثاني: وهو ما إذا لحق، ومعناه إذا قضى بلحاقه؛ لأنه صار ميتًا تقديرًا[١٢]، والموت يقطع السراية، وإسلامه

---

(١٣) أي في الكسبين.

(١) قوله: "ماله المكتسب" مبتدأ وخبر كان المقام مقتضيا لضمير الفصل بين الموصوف والصفة. (ع)

(٢) قوله: "دون المكسوب في الردة" وعلى هذا إذا غصب مالا، فأفسده يجب ضمانه في مال الإسلام عنده، وعندهما في الكل. (ف)

(٣) أي كسب الإسلام.

(٤) أي كسب الثاني.

(٥) أي لورثة المرتد.

(٦) أي إذا مات على ردته. (ب)

(٧) أي سراية القطع.

(٨) قوله: "فأهدرت" فلم يجب دية النفس؛ لأن فوتها حصل في حال لا قيمة لها، ولم يجب القصاص في اليد لاعتراض الردة، فإذا لم يجب القصاص وجبت الدية، وهي نصف دية النفس؛ لأن قطع اليد حصل في حال عصمة اليد، وهي في حال الإسلام، وإنما كانت الدية في ماله لكون القطع عمدًا، أما إذا كان خطأ فقال الحاكم: هي واجبة على عاقلته. (ب)

(٩) يعني لا يجب الضمان أصلا.

(١٠) قوله: "لأن الإهدار إلخ" يعني الجناية إذا صارت هدرًا لا يلحقه الاعتبار بعد ذلك، فإن غير الموجب لا ينقلب موجبًا. (ب)

(١١) قوله: "فكذا بالردة" وكذا بالبيع والإعتاق حتى لو قطع عبد يد إنسان، ثم باعه المولى، ثم رده عليه، ثم مات لا يضمن. (ب)

(١٢) أي من حيث الحكم. (ب)

حياةٌ حادثة فى التقدير[١]، فلا يعود حكم الجناية الأولى، فإذا لم يقض القاضى بلحاقه، فهو على الخلاف الذى نبينه إن شاء الله تعالى[٢].

قال: فإن لم يلحق وأسلم، ثم مات، فعليه الدية كاملة، وهذا عند أبى حنيفة وأبى يوسف. وقال محمد وزفر: فى جميع ذلك[٣] نصف الدية؛ لأن اعتراض الردة أهدر السراية[٤]، فلا ينقلب بالإسلام إلى الضمان، كما إذا قطع يد مرتد فأسلم[٥]. ولهما أن الجناية وردت على محل معصُوم[٦]، وتمت فيه[٧]، فيجب ضمان النفس[٨]، كما إذا لم يتخلل الردة[٩]، وهذا لأنه لا معتبر بقيام العصمة[١٠] فى حال بقاء الجناية، وإنما المعتبر قيامها فى حال انعقاد السبب[١١]، وفى حال ثبوت الحكم[١٢]، وحالة البقاء بمَعْزِل من ذلك كله، وصار كقيام الملك فى حال بقاء اليمين[١٣].

---

(١) فكأنها نفس أخرى.

(٢) قوله: "الذى نبينه إن شاء الله تعالى" أشار به إلى المسألة التى تلى قوله: وإذا لم يقض إلخ، وهو قوله: وإن لم يلحق أى دار الحرب وأسلم ثم مات، فعليه الدية كاملة، وهذا عند أبى حنيفة وأبى يوسف، وقال محمد وزفر: فى جميع ذلك نصف الدية. (ب)

(٣) أى فى ما إذا لحق، ثم جاء مسلماً، ومات، أو لم يلحق.

(٤) قوله: "أهدر السراية" فصار بحال لو قتله قاتل لا يجب عليه لشىء. (ب)

(٥) قوله: "كما إذا قطع يد مرتد فأسلم" سواء مات من القطع، أو لم يمت حيث لا يجب فى الأول القصاص، وفى الثانى ضمان اليد؛ بناء على الأصل المار أن الهدر لا يلحقه الاعتبار. (ب)

(٦) لأن الفرض أنه قطع يده، وهو مسلم. (عناية)

(٧) لأنه كان فى الحالين مسلماً. (ب)

(٨) أى الدية الكاملة. (ب)

(٩) قوله: "كما إذا لم يتخلل الردة" وهذا لأن تخللها كان فى حالة البقاء، وإنما يوجب سقوط العصمة فى البقاء، وبه يثبت الشبهة المسقطة للقصاص. (ف)

(١٠) أى عصمة المحل.

(١١) وهو حال الابتداء.

(١٢) وهو حال السراية.

(١٣) قوله: "وصار كقيام الملك إلخ" فإنه لا يعتبر، بل المعتبر قيامه حال التعليق، وحال ثبوت الحكم، وهو

وإذا ارتد المكاتب، ولحق بدار الحرب، واكتسب مالا[١]، فأُخذ بماله[٢]، وأبى أن يُسلم فقتل، فإنه يُوفّى[٣] مولاه مكاتبته، وما بقى فلورثته، وهذا ظاهر على أصلهما[٤]؛ لأن كسب الردة ملكه إذا كان حرًا، فكذا إذا كان مكاتبًا[٥]. وأما عند أبى حنيفة: فلأن المكاتب إنما يملك أكسابه بالكتابة، والكتابة لا تتوقف بالردة، فكذا أكسابه، ألا ترى أنه لا يتوقف تصرفه بالأقوى، وهو الرق[٦]، فكذا بالأدنى بطريق الأولى.

وإذا ارتد الرجل وامرأته –والعياذ بالله– ولحقا بدار الحرب، فحبلت[٧] المرأة فى دار الحرب، وولدت ولدا، ووُلد لولدهما ولد، فظُهر عليهم جميعًا، فالولدان[٨] فىء؛ لأن المرتدة تُسترق[٩]، فيتبعها ولدها[١٠]، ويجبر الولد الأول على الإسلام، ولا يجبر ولد الولد[١١].

حال وجود الشرط حتى إذا قال لزوجته: أنت طالق إن دخلت الدار، ثم أبانها ثم تزوجها فدخلت طلقت. (ف)

(١) أى فى أيام ردته.

(٢) أى أخذه الإمام.

(٣) صيغة المجهول. (ب)

(٤) قوله: "وهذا ظاهر على أصلهما" يعنى مشكل على أصل أبى حنيفة؛ لأن كسب الردة لا يكون للمرتد عنده إذا كان حرًا، وههنا جعله ملكًا للمكاتب، فيحتاج أبو حنيفة إلى الفرق بين المرتد الحر والمكاتب، حيث لم يجعل كسبه ملكًا إذا كان حرا، وجعله ملكًا له إذا كان عبدا، وهو ما ذكره بقوله: فلأن المكاتب إنما يملك إكسابه. (ب)

(٥) إذ الكتابة لا تبطل بالموت، فبالردة أولى. (ب)

(٦) قوله: "وهو الرق" إنما كان أقوى من الردة فى المانعية؛ لأن بعض التصرفات للمرتد نافذ بالإجماع كالاستيلاد والتدبير والطلاق، وعندهما عامة تصرفاته نافذة كالبيع والشراء، فأما العبد فممنوع من التصرفات كلها. (ب)

(٧) قوله: "فحبلت" فى دار الحرب تقييده به اتفاقى، فإنه لو حبلت فى دارنا، ثم لحقت فالجواب كذلك، ولعله ذكره لفائدة، وهى أن العلوق إذا كان فى دار الإسلام، كان أقرب إليه باعتبار الدار، وإذا كان فى دار الحرب، كان أبعد. (ع)

(٨) أى الولد وولد الولد. (ب)

(٩) ولا تقتل كما مر.

(١٠) لأن الولد يتبع الأم فى الرق والحرية.

وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه يجبر تبعًا للجد، وأصله[١] التبعية في الإسلام، وهي رابعة أربعة مسائل[٢] كلّها على الروايتين[٣]، والثانية صدقة الفطر[٤]، والثالثة جر الولاء[٥]، والأخرى[٦] الوصية للقرابة.

وقال: وارتداد الصبي الذي يَعقل[٧] ارتداد[٨] عند أبي حنيفة ومحمد، ويجبر على الإسلام، ولا يقتل، وإسلامه إسلام[٩] لا يرث أبويه إن كانا كافرين، وقال أبو يوسف: ارتداده ليس بارتداد، وإسلامه إسلام.

وقال زفر والشافعي: إسلامه ليس بإسلام، وارتداده ليس بارتداد. لهما[١٠] في الإسلام أنه تبع لأبويه فيه، فلا يجعل أصلا[١١]، ولأنه

---

(١١) قوله: "ولا يجبر ولد الولد [هذه ظاهر الرواية]" كأنه لو كان مسلمًا تبعًا لجده يكون الناس كلهم مسلمين بتبعية آدم، ولو كان تبعًا لأبيه، لكان التبع مستتبعًا غيره. (عناية)

(١) أي أصل الخلاف ههنا. (ب)

(٢) قوله: "وهي رابعة أربعة مسائل" معناه هذه المسألة إحدى أربع مسائل، والفرق بين رابع ثلاثة، ورابع أربعة أن معنى الأول تصير الثلاثة أربعًا، ومعنى الثاني أحدها. (ب)

(٣) قوله: "كلها على الروايتين" يعني في رواية الحسن لم يجعل الجد بمنزلة الأب في تلك المسائل، وفي رواية الحسن جعل الجد فيها بمنزلة الأب. (عناية)

(٤) قوله: "والثانية صدقة الفطر" أي للولد الصغير إذا كان جده موسرا، ولا أب له، أو له أب معسرًا وعبد لا يجب على الجد في ظاهر الرواية، وفي رواية الحسن يجب. (ف)

(٥) قوله: "والثالثة جر الولاء" صورته: معتقة تزوجت بعبد، وله أب عبد، فولدت منه، فالولد حر تبعا لأمه، وولاءه لموالي أمه، فإذا عتق جده لا يجر ولاء عاقده إلى مواليه عن موالي أمه في ظاهر الرواية، وفي رواية الحسن يجره، كما لو أعتق أبوه. (ف)

(٦) قوله: "والأخرى" أي المسألة الأخرى وهي الرابعة الوصية للقرابة، فإذا أوصى لقرابة، أو لأقربائه يدخل في الوصية الوالد؛ لأنه أقرب الأقربين، ثم الجد يدخل أيضًا على رواية الحسن؛ لأنه كالأب، وعلى ظاهر الرواية لا يدخل. (ب)

(٧) يعني إذا ارتد يصير مرتداً.

(٨) قوله: "ارتداد" أي يصح، فلو مات له قريب مسلم بعد ردته، لا يرث منه، وبه كان أبو يوسف يقول أولا، ثم رجع، وقال: ارتداده ليس بارتداد. (ف)

(٩) قوله: "وإسلامه إسلام" فلا يرث أبويه الكافرين، ويرث أقاربه المسلمين، ولا يصح نكاح المشركة له، وتحل له المؤمنة، وتبطل مالية الخمر والخنزير ونحوه. (ف)

(١٠) أي لزفر والشافعي. (ف)

يلزمه أحكاماً[١] تشوبها المضرة، فلا يؤهل له[٢].

ولنا فيه أن علياً أسلم فى صباه[٣]، وصحّح النبى عليه السّلام

(١١) قوله: "فلا يجعل أصلا" للتنافى بين صفته الأصلية والتبعية؛ لأن الأولى سمة القدرة، والثانية سمة العجز فلا يجتمعان. (ف)

(١) من حرمان الإرث والفرقة. (ف)

(٢) أى الإسلام كالطلاق والعتاق، فإنهما لا يصح منه. (ف)

(٣) قوله: "ولنا فيه [أى إسلامه] أن علياً إلخ" هذا دليل مشهور لأصحابنا الأصوليين والفقهاء لإثبات صحة إسلام الصبى. وحاصله: أن علياً كرم الله وجهه أسلم وهو صبى، قيل: كان عمره سبع سنين، وقيل: عشر سنين، وقيل: تسع، وقيل: ثمان، وقيل: غير ذلك، كما هو مبسوط فى كتب السير، وعد هذا من مفاخره.

وذكر جمع من أصحاب السير أن معاوية رضى الله عنه كتب إلى على يا أبا الحسن! إن لى فضائل أنا صهر رسول الله وكاتبه، فكتب على رضى الله عنه فى جوابه أشعاراً، وهى هذه:

محمدٌ النبى أخى وصهرى ... وحمزة سيد الشهداء عمى

وجعفرٌ الذى يضحى ويمسى ... يطير مع الملائكة ابن أمى

وبنت محمد سكنى وعرشى ... مشوب لحمها بدمى ولحمى

وسبطا أحمد ابناى منها ... فمن منكم له سهم كسهمى

سبقتكم إلى الإسلام طرا ... صغيراً ما بلغت أوان حلمى

قال الزرقانى فى "شرح المواهب": طرا بضم الطاء المهلمة وتشديد الراء المهملة أى جميعًا، والحلم بالضم الاحتلام والبلوغ، انتهى، وقال البيهقى: هذه الأشعار مما يجب على كل متوان فى على، وحفظه ليعلم مفاخره فى الإسلام، انتهى. فإن قلت: ذكر صاحب القاموس ناقلا عن المازنى والزمخشرى أن عليا رضى الله عنه لم يقل غير بيتين، هما:

تلكم قريش تمنانى لتقلتنى ... فلا وربك ما بروا وما ظفروا

فإن هلكت فرهن ذمتى لهم ... بذات ودقين لا يعفو لـه أثر

قلت: هذا مردود بما فى "صحيح مسلم" فى غزوة خيبر من قول على مجيباً لبعض اليهود على طريق النظم، وروى الزبير بن بكار أيضاً فى عمارة المسجد النبوى بعض أبياته، وبالجملة فحصر أبياته على البيتين المذكورين ليس بصحيح. واعترض على هذا الدليل بوجوه ثلاثة: الوجه الأول: أن هذا الدليل لا يثبت ما هو المطلوب إلا إذا ثبت كفر أبى طالب. فإنه لو لم يثبت كفره احتمل أن يكون قبول إيمانه تبعًا لأبيه، وقد روى عن العباس أنه سمع أبا طالب عند موته يقول: لا إله إلا الله محمد رسول الله.

وأجيب عنه بأن الصحيح هو كفر أبى طالب، وعليه مشى جمع من أرباب التصحيح، ولا اعتبار لرواية شاذة لإيمانه مع ثبوت روايات كفره فى الصحاح، فروى أبو داود والترمذى والنسائى وابن خزيمة عن على، قال: لما مات أبو طالب قلت: يا رسول الله! إن عمك الشيخ الضال مات، قال: اذهب فواره، قلت: إنه مات مشركاً، قال: اذهب فواره، فلما واريته، رجعت إلى رسول الله ﷺ، فقال لى: اغتسل، وروى مسلم مرفوعاً أن أهون أهل النار عذاباً أبو طالب يلبس نعلين من النار، ولهذا الحديث طرق آخر كثيرة بسطتها فى رسالتى "غاية المقال فى ما يتعلق بالنعال"، فهذه الأحاديث وأمثالها تثبت موته على الكفر، فلا اعتبار لما يخالفها.

والوجه الثانى: بأن النزاع بيننا وبين الشافعية إنما هو فى صحة إسلام الصبى فى حق أحكام الدنيا،

إسلامَه، وافتخارُه بذلك مشهور*، ولأنه أتى بحقيقة الإسلام، وهى التصديق والإقرار معه[٢]؛ لأن الإقرار عن طوع دليل على الاعتقاد على ما عرف، والحقائق لا ترد. وما[٣] يتعلق به[٤] سعادة[٥] أبدية ونجاة عقباوية، وهى من أجل المنافع، وهو الحكم الأصلى، ثم يبتنى عليه غيرها[٦]، فلا يُبالى بشوبه[٧]، ولهم فى الردّة[٨] أنها مضرة محضة[٩]،

ولم يثبت بهذا الدليل، وأما فى أحكام الآخرة، فذهب الشافعية أيضًا إلى صحته، نعم لو ثبت عدم توريث على من أبيه أبى طالب لتم الدليل. وأجيب عنه بأنه قد ثبت فى "موطأ مالك" وغيره أن النبى صلى الله عليه وعلى آله وسلم ورث طالبًا وعقيلا أباهما، ولم يورث عليًا، فالمطلوب ثابت، ورد بأن موت أبى طالب كان بعد بلوغ على، فلا دلالة له على التصحيح حالة الصبا.

والوجه الثالث: أنا سلمنا أن النبى صلى الله عليه وعلى آله وسلم قبل إسلامه حالة الصبا، لكنه لا يفيد، فإنه قد صرح البيهقى وغيره بأن الأحكام كانت قبل عام الخندق منوطة على التمييز، لا على البلوغ، وبعد عام غزوة الخندق صارت منوطة على البلوغ، وإسلام على رضى الله عنه إنما كان فى مكة قبل الهجرة، فافهم. (مولوى عبد الحى نور الله مرقده)

* راجع نصب الراية ج٣ ص٤٥٩، والدراية ج٢، الحديث ٧٤٥ ص١٣٧. (نعيم)

(٢) قوله: "وهى التصديق اهـ" هذا يشير إلى أن الإقرار باللسان داخل فى حقيقة الإيمان، وإليه مال شمس الأئمة السرخسى وجماعة، لكنهم قالوا: الإقرار ركن زائد يسقط عند الإكراه عنده، والجمهور على أنه حقيقة التصديق فقط، وإنما الإقرار شرط لإجراء أحكام الإيمان عليه، وهو مذهب أبى منصور الماتريدى، والتفصيل فى كتب الكلام. (مولوى محمد عبد الحى نور الله مرقده)

(٣) مبتدأ.

(٤) جواب عن قولهما: لأنه يلزمه أحكام يشوبها المضرة.

(٥) خبر.

(٦) قوله: "ثم يبتنى عليه غيرها" مثل حرمان الميراث، فلا يبالى بشوبه؛ لأن المنظور إليه فى التصرفات الموضوع الأصلى، وقال تاج الشريعة: المراد من الحكم الأصلى ما وضع ذلك الشىء لأجله. (ب)

(٧) قوله: "فلا يبالى بشوبه" وأما التنافى الذى ذكراه، فإنما يلزم لو قلنا باجتماع كونه تبعًا وأصلا معًا، ولسنا نقول به، بل هو تبع ما لم يعقل، فإذا عقل، وأقر مختارًا صار أصلا. (ف)

(٨) قوله: "ولهم [أى لأبى يوسف وزفر والشافعى. عناية] فى الردة إلخ" تفصيل المقام على ما فى كتب الأصول أن حقوق الله ثلاثة: نافع محض، وضار محض، ومتوسط بينهما، وكذا حقوق العباد، فالأول: كالإيمان لا يسقط حسنه؛ لأنه حسن بذاته، فيتأدى من الصبى أيضًا عند أبى حنيفة ومحمد وأبى يوسف رحمهم الله؛ لأنه مناط سعادة الدارين، والحجر من السعادة لا يليق من الشرع، وأورد عليهم بأنه يورث المضرة كحرمان الميراث، وفرقة النكاح وغير ذلك، فينبغى أن لا يتأدى منه وأجيب عنه بوجهين: الأول: وهو أولاهما، ذكره المصنف من أن المقصود الأصلى بالإسلام هو السعادة، والمضرات من قبيل التوابع، وكم من شىء يثبت تبعًا، ولا

بخلاف الإسلام على أصل أبي يوسف؛ لأنه تعلق به أعلى المنافع على ما مر. ولأبي حنيفة ومحمد فيها أنها موجودة حقيقة، ولا مَردّ للحقيقة، كما قلنا في الإسلام، إلا أنه يجبر [1] على الإسلام لما فيه [2] من النفع له، ولا يُقتل [3]؛ لأنه عقوبة، والعقوبات موضوعة عن الصبيان مَرْحَمَةً عليهم [4]، وهذا [5] في الصبي الذي يعقل، ومن لا يعقل من الصبيان لا يصح ارتداده؛ لأن إقراره لا يدل [6] على تغير العقيدة، وكذا [7] المجنون

يثبت قصداً كقبول الصبي هبة القريب، يجوز مع ترتب العتق عليه.

والثاني: أن المضرات لا تثبت بالإسلام، بل بأسباب أخر مثلا حرمان الميراث تضاف إلى كفر القريب، والفرقة تضاف إلى كفر الزوجة، وقس عليه، ولا يخفى ما فيه، فإن الأحكام تضاف إلى أقرب الأسباب، فإضافة هذه المضرات إلى الأسباب البعيدة مع كون الإسلام قريباً بعيد، والقسم الثاني: كالكفر فإنه ضرر محض في الدنيا وفي الآخرة، فالقياس أن لا يصح عن الصبي كما ذهب إليه الشافعي وأبو يوسف، وقال أبو يوسف وأبو حنيفة: يصح استحساناً؛ لأنه قد وجد منه حقيقة الكفر، ولا مرد للحقيقة، كذا أورده بعض الأصوليين وتبعه المصنف. ولا يخفى عليك أنه منتقض بغير الردة من المضرات كالطلاق والعتاق، فإنه لو كان مدار اعتبار الردة مجرد وجود الحقيقة، لكان يصح طلاقه وعتاقه عند وجودهما منه.

فالأولى أن يضم معه أن الكفر قبيح محض بنفسه، فلا يسقط قبحه بعذر غير مسموع؛ لأن الكلام في الصبي العاقل، ثم هذا الخلاف إنما هو في حق أحكام الدنيا.

وأما في حق أحكام الآخرة تصح الردة اتفاقاً حتى لو مات الصبي المرتد لا يصلى عليه، والقسم الثالث كالصلاة وغيرها من العبادات البدنية يصح مباشرة الصبي بها من غير لزوم ووجوب عليه.

وأما حقوق العبد من المعاملات: فما كان منها نفعاً محضاً كقبول الهبة يصح مباشرته به بغير إذن الولي، وما كان ضرراً محضاً كالطلاق ونحوه لا يصح منه، وإن أذن له الولي، وما كان منها متوسطاً كالبيع، فإنه رابح وخاسر، يصح بإذن الولي لا بغير إذنه. (مولوي عبد الحي نور الله مرقده)

(٩) والمضرات المحضة لا يجوز له، ولهذا لا يقع طلاقه ولا عتاقه.

(١) أي الصبي المرتد.

(٢) أي الجبر على الإسلام.

(٣) بخلاف البالغ، فإنه يقتل لوجود الحرب.

(٤) قوله: "مرحمة عليهم [أي لأجل الترحم عليهم]" قال في "النهاية": فيه نظر؛ لأنه أسقط عقوبة القتل مرحمة له، والله تعالى أرحم الراحمين، ولم يرحم عليه حتى عاقبه في النار مخلدا كسائر الكفار، كما هو منصوص في "الأسرار" و"الجامع الصغير" للتمرتاشي، ومشار إليه في "المبسوط". ثم قال: فأولى ما يعلل ما ذكرناه من تعليل "المبسوط"، وهو قوله: إنما لا يقتل لقيام الشبهة بسبب اختلاف العلماء في صحة إسلامه في الصغر. (ع)

(٥) أي هذا الخلاف.

(٦) لعدم تمييزه. (ب)

والسكران الذى لا يَعْقل[١] .

باب البغاة[٢]

وإذا تغَلّب[٣] قوم من المسلمين على بلدٍ، وخرجوا من طاعة الإمام دعاهم إلى العود إلى الجماعة، وكشف عن شبهتهم[٤] ؛ لأن عليًا فعل ذلك بأهل حروراء[٥] قبل قتالهم*، ولأنه[٦] أهون الأمرين[٧]، ولعل

---

(٧) لا يصح ارتداد، ولا إسلامه بالإجماع. (ب)

(١) وهو قول مالك وأحمد في رواية، والشافعي في قول. (ف)

(٢) قوله: "باب البغاة" أي هذا باب في بيان أحكام البغاة، وهو جمع باغ كقضاة جمع قاض من البغى، وهو الخروج عن طاعة الإمام، وفي فصول الأستروشى: المسلمون إذا اجتمعوا على إمام، وصاروا آمنين، فخرج طائفة منهم، فإن خرجوا لظلم ظلمهم، فهم ليسوا باغين، وعليه أن يترك الظلم، وينصفهم، وإن لم يكن لظلم، بل دعاهم إلى الحق، فقالوا: الحق منا، فهم من أهل البغى. (ب)

(٣) أى استولى قهرًا.

(٤) هذا ليس بواجب، بل مستحب.

(٥) قوله: "بأهل حروراء" بالمد والقصر: اسم قرية من قرى الكوفة، أسند النسائي في آخر سننه الكبرى في خصائص على إلى ابن عباس قال: لما خرجت الحرورية اعتزلوا في دار، وكانت ستة آلاف، فقلت لعلي: يا أمير المؤمنين! أبرد الصلاة لعلى أكلمهم قال: إني أخافهم عليك، قلت: كلا، فلبست ثيابي، ومضيت حتى دخلت عليهم، فقالوا: ما جاء بك يا ابن عباس!، فقلت: أتيتكم من عند أصحاب رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم، ومن عند ابن عمه وصهره، فانتحى لى نفر منهم، فقلت: هاتوا ما نقمتم على أصحاب رسول الله ﷺ، وابن عمه قالوا: ثلاث.

قلت: ما هى؟ قال أحداهن: إنه حكم الرجال في دين الله، وقال الله تعالى: ﴿إن الحكم إلا لله﴾، وقد كان على حكم أبا موسى الأشعرى بينه وبين معاوية. والثانية: أنه قاتل، ولم يسبِ ولم يغنم، فإن كانوا كفارًا، فقد حلت لنا دماءهم وأموالهم وإن كانوا مسلمين، فقد حرمت علينا دماءهم.

والثالثة: أنه محى من نفسه أمير المؤمنين، فإن لم يكن أمير المؤمنين، فهو أمير الكافرين.

قلت لهم: أرأيتم إن قرأت عليكم كتاب الله، وقد حدثتكم من سنة نبيه ما يرد قولكم هذا ترجعون، قالوا: اللّهم نعم، قلت: إن الله قد صير حكمه إلى الرجال في أرنب ثمنها ربع درهم حيث قال: ﴿لا تقتلوا الصيد وأنتم حرم﴾ إلى قوله: ﴿يحكم به ذوا عدل منكم﴾. وقال في المرأة: ﴿فإن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكمًا من أهله وحكمًا من أهلها﴾، أنشدكم بالله أحكم الرجال في حقن دماءهم وأموالهم، وإصلاح ذات بينهم أحق أم في أرنب، قالوا: بل في حق دماءهم.

قلت: أخرجت من هذه، قالوا: نعم، قلت: وأما قولكم: إنه لم يسبِ ولم يغنم، فإنه لم يقاتل في الكوفة إلا عائشة، ومن معها أتسبون أنتم عائشة، فتستحلون منها ما تستحلون من غيرها، وهى أمكم، فإن فعلتم فقد كفرتم، أخرجت من هذه، قالوا: نعم، قلت: أما قولكم: إنه محى من نفسه أمير المؤمنين، فإن رسول الله ﷺ دعا قريشًا يوم الحديبية على أن يكتب بينه وبينهم كتابًا، فكتب من محمد رسول الله، فقالوا: لو كنا نعلم أنك

الشر يندفع به، فيبدأ به[١]، ولا يبدأ بقتال حتى يبدأوه، فإن بدأوه قاتلهم حتى يُفرّق جَمعهم، قال العبد الضعيف[٢]: هكذا ذكره القدوري في "مختصره". وذكر الإمام المعروف بخواهر زاده[٣] أن عندنا يجوز أن يبدأ بقتالهم إذا تعسكروا واجتمعوا، وقال الشافعي[٤]: لا يجوز حتى يبدأوا بالقتال حقيقةً؛ لأنه لا يجوز قتل المسلم إلا دفعًا وهم مسلمون[٥]، بخلاف الكافر؛ لأن نفس الكفر مبيح عنده[٦]. ولنا أن الحكم يُدار[٧] على الدليل[٨]، وهو الاجتماع والامتناع[٩]، وهذا لأنه لو انتظر الإمام حقيقةَ قتالهم ربما لا يمكنه الدفع[١٠]، فيُدار على الدليل ضرورة دفع شرهم، وإذا بلغه أنهم[١١] يشترون السّلاح، ويَتأهّبون[١٢] للقتال، ينبغي أن يأخذهم،

لرسول الله ما صددناك عن البيت، ولكن اكتب من محمد بن عبد الله، فكتب مثله، فرسول الله خير من علي قد محي من نفسه الرسالة، ولم يكن محوه ذلك محوا من النبوة، أخرجت من هذه، قالوا: نعم، فرجع منهم ألفان، وبقي سائرهم، فقتلوا على ضلالتهم. (فتح القدير) اللّهم اغفر لكاتبه، ولمن سعى فيه

* راجع نصب الراية ج٣ ص٤٦١، والدراية ج٢، الحديث ٧٤٦ ص١٣٨. (نعيم)

(٦) أي كشف الشبهة.

(٧) أحدهما الدعوة والآخر القتال.

(١) فلا يحتاج إلى القتل.

(٢) أي المصنف.

(٣) سمي به لأنه كان ابن أخت القاضي أبي ثابت قاضي سمرقند.

(٤) وبه قال مالك وأحمد. (ب)

(٥) قوله: "وهم مسلمون" أي البغاة بدليل قوله تعالى: ﴿فإن بغت إحداهما﴾ أي إحدى الطائفتين من المؤمنين. (ب)

(٦) قوله: "مبيح عنده" أي عند الشافعي يعني علة إباحة القتال هو الكفر عنده، وعندنا العلة هو الحراب. (ب)

(٧) وإن لم يوجد القتال حقيقة، كما أن القصر دار على علة المشقة أي السفر.

(٨) أي دليل القتال. (ب)

(٩) أي عن اتباع الإمام.

(١٠) لتقوى شوكتهم وتكثر جمعهم. (ف)

(١١) أي البغاة.

(١٢) أي يستعدون للقتال ويريدونه.

ويحبسهم حتى يُقلعوا[١] عن ذلك، ويُحدثوا توبة دفعًا للشر بقدر الإمكان. والمروى عن أبى حنيفة من لزوم البيت[٢] محمول[٣] على حال عدم الإمام، أما إعانة الإمام الحق فمن الواجب عند الغناء والقدرة.

فإن كانت لهُم فِئة أُجهز[٤] على جريحهم، وأتبع مُوليهم؛ دفعًا لشرهم كي لا يلحقوا بهم، وإن لم يكن لهم فِئةٌ لم يُجهز[٥] على جريحهم، ولم يُتبع مُوليهم؛ لاندفاع الشر دونه.

وقال الشافعى: لا يجوز ذلك[٦] فى الحالين[٧]؛ لأن القتال إذا تركوه[٨] لم يبقَ قتلهم دفعًا[٩]، وجوابه ما ذكرناه أن المعتبر دليله[١٠] لا حقيقته. ولا يسبى لهم ذرية، ولا يقسم[١١] لهم مال؛ لقول على يوم الجمل[١٢]: "ولا يُقتل أسير، ولا يكشف ستر، ولا يؤخذ مال" *، وهو

---

(١) من الإقلاع وهو الامتناع. (ب)

(٢) قوله: "والمروى [مبتدأ] عن أبى حنيفة من لزوم البيت" من قوله: إذا وقعت الفتنة بين المسلمين، فالواجب على كل مسلم أن يعتزل، ويقعد فى بيته؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: «من فر من الفتنة أعتق الله رقبته من النار»، وقال عليه الصلاة والسلام: «لواحد من الصحابة كن حلسًا من أحلاس بيتك»، فمحمول على حال عدم الإمام، وما روى جماعة من الصحابة أنهم قعدوا فى الفتنة، فمحمول على أنه لم يكن لهم غناء وقدرة. (ف)

(٣) خبر.

(٤) قوله: "أجهز [خوفًا من أن يبرأ فينقلب]" على بناء المفعول، وكذلك أتبع يقال: أجهزت على الجريح إذا أسرعت قتله وتممته. (عناية)

(٥) أى لا حاجة إليه.

(٦) أى الإجهاز والإتباع.

(٧) أى حالتى الفئة وعدمها.

(٨) أى بالتولية والجراحة. (ف)

(٩) قوله: "دفعًا" أى دفعا للشر؛ لأن شرهم قد ارتفع، فلا حاجة إليه، وهذا لأنه قتال على وجه الدفع، فصار كقتال غير الخوارج. (ب)

(١٠) أى دليل القتال وهو الإجماع.

(١١) بين المقاتلة.

(١٢) قوله: "يوم الجمل" هو الذى كان فيه وقعة عائشة مع على، وذلك لأن عثمان لما قتل لثمان عشرة

القِدوةُ فى هذا الباب[(١)]. وقوله فى الأسير تأويله إذا لم يكن لهم فئةٌ، فإن كانت يقتل الإمام الأسير، وإن شاء حبسه؛ لما ذكرنا[(٢)]، ولأنهم[(٣)] مسلمون، والإسلام يَعصم النفس والمال، ولا بأس بأن يُقاتلوا بسلاحهم إن احتاج المسلمون إليه. وقال الشافعى: لا يجوز، والكُراع[(٤)] على هذا الخلاف[(٥)]، له أنه مال مسلم فلا يجوز الانتفاع به إلا برضاه. ولنا[(٦)] أن عليًا قسّم السّلاح فيما بين أصحابه بالبصرة[(٧)]، وكانت قسمتُه للحاجة، لا للتمليك[(٨)]، ولأن للإمام أن يفعل ذلك فى مال العادل عند الحاجة، ففى مال الباغى أولى، والمعنى فيه إلحاق الضرر الأدنى لدفع الأعلى[(٩)].

ويحبس الإمام أموالهم، ولا يردها عليهم، ولا يقسمها[(١٠)] حتى يتوبوا فيردها عليهم، أما عدم القسمة فلما بيناه[(١١)].

ليلة مضت من ذى الحجة سنة خمس وثلاثين، وبويع لعلى رضى الله عنه بالخلافة، بايعه بالمدينة من كان فيها من أصحاب رسول الله ﷺ، وفيهم طلحة وزبير، ثم ذكرا أنهما بايعاه كارهين، لا طائعين، فخرجا إلى مكة، ومعهما عائشة إلى البصرة يطلبون بدم عثمان، وبلغ ذلك عليًا، فخرج إلى العراق، وبعث الحسن وعمارًا إلى الكوفة، يستقر أهلها بالمسير معه فقدموا، فوقع بينهم قتال عظيم، وقتل يومئذ طلحة وزبير، وبلغت القتلى ثلاثة عشر ألفًا، وإنما سمى يوم الجمل؛ لأن عائشة كانت يومئذ على جمل.

وروى ابن أبى شيبة عن الضحاك أن عليًا لما هزم طلحة والزبير وأصحابه، أمر مناديًا، فنادى أن لا يقتل مقبل، ولا مدبر، ولا يفتح باب، ولا يستحل فرج، ولا مال. (ب)

* راجع نصب الراية ج٣ ص٤٦٣، وانظر فى الدراية ج٢ تحت الحديث رقمه ٧٤٦ ص١٣٨. (نعيم)

(١) أى باب قتال الخارج.

(٢) إشارة إلى قوله: دفعًا للشر.

(٣) أى البغاة.

(٤) أى الجمل. (ب)

(٥) بيننا وبين الشافعى.

(٦) رواه ابن أبى شيبة فى "مصنفه" فى باب وقعة الجمل بسنده إلى محمد ابن الحنفية. (ف)

(٧) ورد فى الرواية والكراع أيضًا.

(٨) ولهذا لما وضعت الحرب أوزارها، ردها إليهم. (ب)

(٩) أى الضرر العام الواقع بعامة المسلمين.

(١٠) أى بين المقاتلة.

(١١) إشارة إلى قول على. (عناية)

وأما الحبس فلدفع شرهم بكسر شوكتهم، ولهذا[١] يحبسها عنهم، وإن كان لا يحتاج إليها إلا أنه يبيع الكُراع؛ لأن حبس الثمن أنظر وأيسر[٢]، وأما الرد بعد التوبة، فلاندفاع الضرورة، ولا استغنام فيها[٣].

قال: وما جباه أهلُ البغى من البلاد التى غَلَبُوا عليها من الخراج[٤] والعشر لم يأخذه الإمام ثانيًا؛ لأن ولاية الأخذ له باعتبار الحماية، ولم يَحمهم. فإن كانوا صرفوه فى حقه[٥]، أجزى من أخذ منه؛ لوصول الحق إلى مستحقه، وإن لم يكونوا صرفوه فى حقه، فعلى أهله فيما بينهم وبين الله تعالى[٦] أن يعيدوا ذلك؛ لأنه لم يصل إلى مستحقه.

قال العبد الضعيف[٧]: قالوا[٨]: الإعادة عليهم فى الخراج[٩]؛ لأنهم مقاتلة، فكانوا مصارف وإن[١٠] كانوا أغنياء، وفى العشر إن كانوا فقراء فكذلك؛ لأنه حق الفقراء، وقد بيناه فى الزكاة[١١]، وفى المستقبل[١٢] يأخذه الإمام؛ لأنه يحميهم فيه؛ لظهور ولايته.

ومن قتل رجلا، وهما[١٣] من عسكر أهل البغى، ثم ظُهر عليهم،

(١) أى لكسر شوكتهم.
(٢) قوله: "أنظر وأيسر" لأن إبقاءه يحتاج إلى المنفعة والخدمة. (ب)
(٣) قوله: "ولا استغنام فيها" أى فى أموال أهل البغى لعصمتها، فلا تقسم بين أهل العدل. (ب)
(٤) بيان لما.
(٥) أى فى الجهة التى عينها الشارع. (ب)
(٦) قوله: "فى ما بينهم وبين الله" لأن سقوط المطالبة قضاء لا يوجب سقوطها ديانة. (ب)
(٧) أى المصنف.
(٨) أى مشايخنا.
(٩) لأن البغاة محل الخراج.
(١٠) الواو وصلية.
(١١) أى فى كتاب الزكاة.
(١٢) أى فى الحول الآتى.
(١٣) أى القاتل والمقتول.

فليس عليهم شيء[١]؛ لأنه لا ولاية لإمام العدل حين القتل، فلم ينعقد موجبًا[٢] كالقتل في دار الحرب.

وإن غلبوا[٣] على مصر، فقتل رجل من أهل المصر رجلا من أهل المصر عمدًا، ثم ظهر على المصر، فإنه يقتص منه[٤]، وتأويله[٥] إذا لم يجرِ على أهله أحكامهم، وأُزعجوا[٦] قبل ذلك، وفي ذلك[٧] لم تنقطع ولاية الإمام، فيجب القصاص. وإذا قتل رجلٌ من أهل العدل باغيًا، فإنه يرثه[٨]، فإن قتله الباغي[٩]، وقال: قد كنتُ على حق، وأنا الآن على حق ورثه، وإن قال: قتلتُه وأنا أعلم أني على الباطل لم يرثه، وهذا عند أبي حنيفة ومحمد، وقال أبو يوسف: لا يرث الباغي[١٠] في الوجهين[١١]، وهو قول الشافعي. وأصله[١٢] أن العادل إذا أتلف نفس الباغي، أو ماله لا يضمن[١٣]، ولا يأثم؛ لأنه مأمور بقتالهم[١٤] دفعًا لشرهم، والباغي إذا قتل

---

(١) أي لا يجب عليهم قتال ولا دية.

(٢) لعدم الولاية.

(٣) أي البغاة.

(٤) كذا ذكره فخر الإسلام.

(٥) قوله: "وتأويله" إنما قال المصنف: هكذا لأن المسألة التي ذكرها من مسائل "الجامع الصغير"، ولم يذكر فيه، هذا وإنما ذكره البزدوي في "شرح الجامع الصغير". (ب)

(٦) يعني أقلع أهل البغي من المصر. (عناية)

(٧) قوله: "وفي ذلك" أي في ما إذا لم يجر أحكامهم. (ب)

(٨) قوله: "فإنه يرثه" بالاتفاق؛ لأنه مأمور بقتله، فلا يحرم الميراث. (ف)

(٩) أي قتل الباغي العادل.

(١٠) أي من العادل المقتول.

(١١) قوله: "في الوجهين" أي في الوجه الذي قال: أنا على الحق، وفي الوجه الذي قال: أنا على الباطل. (ع)

(١٢) أي أصل هذا الخلاف.

(١٣) لا بالنفس، ولا بالمال.

(١٤) أي البغاة.

العادل[١] لا يجب الضمان عندنا ويأثم.

وقال الشافعي في القديم[٢]: إنه يجب[٣]، وعلى هذا الخلاف[٤] إذا تاب المرتد، وقد أتلف نفسًا أو مالا. له أنه أتلف مالا معصومًا، أو قتل نفسًا معصومة، فيجب الضمان؛ اعتبارًا[٥] بما قبل المَنَعَة.

ولنا إجماع الصحابة[٦]، رواه الزهري، ولأنه[٧] أتلف عن تأويل فاسد[٨]، والفاسدُ منه[٩] ملحق بالصحيح، إذا ضمت إليه المنعة في حق الدفع[١٠]، كما في منعة أهل الحرب[١١] وتأويلهم، وهذا[١٢] لأن الأحكام[١٣] لا بد فيها من الإلزام أو الالتزام، ولا التزام لاعتقاد الإباحة[١٤]

---

(١) أي بعد قيام شوكتهم. (ف)

(٢) به قال مالك. (ب)

(٣) قوله: "إنه يجب" أي الضمان؛لأنها نفوس وأموال معصومة، فيضمن بالإتلاف ظلمًا وعدوانًا. (ف)

(٤) قوله: "وعلى هذا الخلاف [بيننا وبين الشافعي]" فلا يجب الضمان عندنا، وعلى قول الشافعي في القديم: يجب. (ب)

(٥) أي قياسًا بما إذا قتل، أو أتلف قبل المنعة، فإنه ح يجب الضمان. (ب)

(٦) قوله: "إجماع الصحابة" يعني على أن لا يضمن الباغي، إذا قتل العادل، قلت: روى ابن أبي شيبة في "مصنفه" في أواخر القصاص: أخبرنا معمر عن الزهري أن سليمان بن هشام كتب إليه يسأله عن امرأة خرجت من عند زوجها، وشهدت على قومها بالشرك، ولحقت بالحرورية، فتزوجت ثم رجعت إلى أهلها تائبة فكتب إليه الزهري: أما بعد: فإن الفتنة الأولى ثارت، وأصحاب رسول الله ﷺ ممن شهد بدرًا كثير، فاجتمع رأيهم على أن لا يقيموا على أحد حدًا في فرج استحلوه بتأويل القرآن، ولا قصاصًا في دم استحلوه بتأويل القرآن إلا أن يوجد شيء بعينه، فيرد على صاحبه، وإني أرى أن ترد على زوجها، وأن يحد من افترى عليها. (ت)

(٧) أي الباغي.

(٨) بيانه أن الخوارج يستحلون دماء المسلمين بالمعصية، صغيرة كانت أو كبيرة؛ لقوله تعالى: ﴿ومن يعص الله ورسوله فإن له نار جهنم خالدًا فيها﴾، وتأويلهم هذا وإن كان فاسدًا لكن اعتبر في دفع الضمان لما روى عن الزهري آنفًا. (ب)

(٩) أي من التأويل. (ب)

(١٠) أي دفع الضمان.

(١١) يعني بعد ما أسلموا.

(١٢) قوله: "وهذا" إشارة إلى قوله: والباغي إذا قتل العادل لا يجب الضمان ويأثم. (ب)

(١٣) أي أحكام الشرع.

عن تأويلٍ، ولا إلزام[1] لعدم الولاية لوجود المنعة، والولايةُ[2] باقية[3] قبل المنعة، وعند عدم التأويل ثبت الالتزام اعتقاداً، بخلاف الآثم[4]؛ لأنه لا منعة فى حق الشارع، إذا ثبت هذا فنقول: قتل العادل الباغى قتلٌ بحق، فلا يمنع الإرث[5]. ولأبى يوسف فى قتل الباغى العادل أن التأويل الفاسد[6] إنما يُعتبر فى حق الدفع، والحاجةُ ههنا إلى استحقاق الإرث، فلا يكون التأويل[7] معتبراً فى حق الإرث.

ولهما فيه[8] أن الحاجة إلى دفع الحرمان أيضًا[9]؛ إذ القرابة سبب الإرث، فيعتبر الفاسد فيه إلا أن من شرطه[10] بقاءه على ديانته، فإذا قال: كنتُ على الباطل لم يوجد الدافع، فوجب الضمان.

قال: ويكره بيع السلاح من أهل الفتنة، وفى عساكرهم؛ لأنه إعانة على المعصية[11]، وليس ببيعه بالكوفة[12] من أهل الكوفة، ومن لم يعرف

(١٤) قوله: "لاعتقاد والإباحة" يعنى أن الباغى اعتقد إباحة أموال العادل بأن العادل عصى الله ورسوله، ولم يعمل بموجب الكتاب. (ع)

(١) على الباغى.

(٢) قوله: "والولاية [للإمام] إلخ" جواب عن قولهما؛ اعتباراً بما قبل المنعة. (ب)

(٣) فيحكم بوجوب الضمان.

(٤) قوله: "بخلاف الآثم" حيث يثبت سواءً كانت لهم منعة، أو لا. (ب)

(٥) قوله: "فلا يمنع الإرث" لأن حرمان الإرث جزاء فعل محظور، فلا يعطى بمباح. (ب)

(٦) قوله: "أن التأويل إلخ" حاصله أن التأويل الفاسد إنما يعتبر فى حق دفع الضمان، لا فى حق استحقاق الميراث، فيحرم الإرث؛ لأنه قتله بغير حق. (ب)

(٧) الفاسد.

(٨) أى فى قتل الباغى العادل. (عناية)

(٩) كما يعتبر فى دفع الضمان. (ب)

(١٠) قوله: "إلا أن من شرطه" أى من شرط الإرث أن يكون مصراً على دعواه، فإذا رجع فقد بطلت ديانته قبل استيفاء حقه، فبطل، وإن قال: كنت على الباطل انتفى الدافع، وهو التأويل الفاسد، فيجب الضمان، فيحرم عن الميراث.(ك)

(١١) قوله: "لأنه إعانة على المعصية" وقال الله تعالى: ﴿وتعاونوا على البر والتقوى ولا تعاونوا على الإثم والعدوان﴾. (ب)

(١٢) قوله: "بالكوفة" باعتبار أن البغاة خرجوا فيها أولا، وإلا فالحكم فى غيرها كذلك. (عناية)

من أهل الفتنة بأس؛ لأن الغلبة فى الأمصار لأهل السلاح، وإنّما يكره بيع نفس السلاح لا بيع ما لا يقاتل به إلا بصنعة[١]، ألا ترى أنه يكره بيع المعازف[٢]، ولا يكره بيع الخشب[٣]، وعلى هذا[٤] الخمر مع العنب.

كتاب اللقيط[٥]

اللقيط سمى به باعتبار مآله؛ لما أنه يُلقط، والالتقاط مندوب إليه لما فيه من إحياءه[٦]، وإن غَلَبَ على ظنه ضياعُه[٧] فواجب.

قال: اللقيط حر[٨]؛ لأن الأصل فى بنى آدم إنما هو الحرية[٩]، وكذا الدار دار الأحرار[١٠]، ولأن الحكم للغالب. ونفقته فى بيت المال[١١] هو المروى عن عمر وعلى رضى الله عنهما[١٢]، ولأنه[١٣] مسلم عاجز عن

---

(١) قوله: "إلا بصنعة" يريد به الحديد؛ لأنه إنما يصير سلاحًا بفعل غيره، فلا ينسب إليه. (عناية)

(٢) قوله: "يكره بيع المعازف [لأنه إنما يصير معزفًا بفعل غيره. ع]" جمع معزف بكسر الميم، وهو ضرب من الطنابير تتخذ به أهل اليمن. (ب)

(٣) أى الذى يتخذ منه المعازف. (ب)

(٤) قوله: "وعلى هذا" أى لا يجوز بيع الخمر، ويجوز بيع العنب، ثم الفرق لأبى حنيفة بين هذه المسألة، وهى كراهة بيع السلاح من أهل الفتنة، وعدم كراهية بيع العصير ممن يتخذ خمرا، أن المعصية هناك لم يقع بعين العصير، وههنا يقع بعين السلاح، وقيل: الفرق الصحيح أن الضرر هناك يرجع إلى العامة، وههنا إلى الخاصة، كذا فى "الفوائد الظهيرية". (إله داد)

(٥) قوله: "كتاب اللقيط" أعقب اللقيط واللقطة الجهاد؛ لما فيه من كون النفوس والأموال عرضة للفوات، وقدم اللقيط على اللقطة لتعلقه بالنفس، المتعلق به مقدم على المتعلق بالمال، وهو لغة ما يلقط أى يرفع من الأرض، فعيل بمعنى مفعول سمى الولد المطروح خوفا من العيلة، أو تهمة الزناء به باعتبار مآله إليه. (ف)

(٦) لما فيه من أحياءه؛ لأنه على شرف الهلاك. (ب)

(٧) أى اللقيط. (ف)

(٨) قوله: "اللقيط حر" أى ولو كان الملتقط عبدا، فيحد قاذفه، والجناية عليه كالجناية على الأحرار، ولا يحد قاذف أمه؛ لأنه لا تعلم حريتها. (ف)

(٩) قوله: "الحرية" لأنهم من أولاد آدم وحواء، وهما حران، والرق إنما هو بعارض الكفر على ما تقدم، والأصل عدم العارض. (عناية)

(١٠) قوله: "دار الأحرار" فمن كان فيها يكون حرا باعتبار الظاهر. (ب)

(١١) والغالب فى من يسكن دار الإسلام الحرية. (عناية)

(١٢) قوله: "هو المروى عن عمر وعلى [فإنهما أنفقا على اللقيط من بيت المال]" قلت: أما الرواية عن

التكسب، ولا مال له، ولا قرابة، فأشبه المقعد[١] الذى لا مال له[٢]، ولأن ميراثه لبيت المال، والخراج بالضمان[٣]، ولهذا[٤] كانت جنايته فيه[٥]، والملتقط متبرع فى الإنفاق عليه لعدم الولاية[٦] إلا أن يأمره القاضى به[٧]؛ ليكون دينًا عليه[٨] لعموم الولاية.

قال[٩]: فإن التقطه رجل لم يكن لغيره أن يأخذ منه؛ لأنه ثبت حق الحفظ له[١٠] لسبق يده. فإن ادعى مدع[١١] أنه ابنه، فالقول قوله[١٢]، معناه إذا لم يدع الملتقط نسبَه[١٣]، وهذا[١٤] استحسان، والقياس أن لا يقبل قوله؛ لأنه يتضمن إبطال حق الملتقط. وجه الاستحسان أنه إقرار للصبى بما ينفعه؛ لأنه يتشرف بالنسب[١٥]، ويُعيَّر بعدمه، ثم قيل: يصح فى حقه[١٦] دون

عمر رض، فأخرجه مالك فى "الموطأ"، والشافعى فى "مسنده"، والبيهقى فى "المعرفة"، وعبد الرزاق فى "مصنفه"، وابن سعد فى "الطبقات"، وأما الرواية عن على رض: فرواه عبد الرزاق. (ت)

(١٣) أى اللقيط.

(١) قوله: "فأشبه المقعد" وجه الجمع بينهما الإسلام، والعجز عن الاكتساب، وعدم المال، وعدم من يجب عليه نفقته. (ب)

(٢) فإن نفقته أيضًا فى بيت المال.

(٣) قوله: "والخراج بالضمان" أى له غنمه، وعليه غرمه. (عناية)

(٤) أى لأجل كونه الخراج بالضمان. (ب)

(٥) أى بيت المال. (عناية)

(٦) أى لعدم ولايته فى التصرف فى حقه. (ب)

(٧) أى بالإنفاق عليه.

(٨) قوله: "ليكون دينًا عليه" ليرجع عليه إذا أكبر، وهذا يفيد أنه لو أمره ولم يقل؛ ليكون دينًا عليه، لا يرجع بما أنفق، وهو كذلك فى الأصح؛ لأن مطلق الأمر بالإنفاق إنما يوجب ظاهرا ترغيبه فى إتمام الاحتساب، وتحصيل الثواب. (ب)

(٩) أى القدورى. (ب)

(١٠) كما فى سائر المباحات. (ب)

(١١) هذا لفظ القدورى. (ب)

(١٢) أى يثبت نسبه بمجرد دعواه. (ف)

(١٣) قوله: "إذا لم يدع الملتقط نسبه" أما إذا ادعى الملتقط نسبه، فهو أولى؛ لأنهما استويا فى الدعوى، ولأحدهما يد، وصاحب اليد أولى. (ب)

(١٤) أى الذى ذكره القدورى. (ب)

(١٥) أى بثبوته من الخارج المدعى.

إبطال يد الملتقط[١]، وقيل: يبتنى عليه بطلان يده[٢]، ولو ادعاه الملتقط[٣]، قيل: يصح قياسًا واستحسانًا[٤]، والأصح أنه على القياس والاستحسان[٥]، وقد عرف في "الأصل"[٦].

وإن ادعاه اثنان[٧]، ووصف أحدهما علامةً في جسده[٨]، فهو أولى به؛ لأن الظاهر شاهد له لموافقة العلامة كلامَه[٩]، وإن لم يصف أحدهما علامة، فهو ابنهما لاستواءهما في السبب[١٠]، ولو سبقت دعوة أحدهما، فهو ابنه؛ لأنه ثبت حقه في زمانٍ لا منازع له فيه إلا إذا أقام الآخر البينة[١١]؛ لأن البينة أقوى. وإذا وُجد في مصر من أمصار المسلمين[١٢]، أو في قرية من قراهم، فادعى ذمي أنه ابنه، ثبت نسبه منه، وكان مسلمًا، وهذا استحسان[١٣]؛ لأن دعواه تَضمَن النسب، وهو نافع للصغير، وإبطال

(١٦) أي في حق ثبوته منه. (ب)

(١) فلا يخرج اللقيط من يده.

(٢) قوله: يبتنى عليه بطلان يده" لأن الأب أحق بالولد من الأجنبي. (ب)

(٣) قوله: "ولو ادعاه الملتقط" أي لو ادعى نسب اللقيط، وقال: هو ابني بعد ما قال: إنه لقيط. (عناية)

(٤) قوله: "يصح قياس واستحسانًا" لأنه ادعى شيئًا في يد نفسه، ولا مناز ع له أحد.

(٥) قوله: "والأصح أنه على القياس والاستحسان [أي في القياس لا يصح، وفي الاستحسان يصح]" وجه القياس: أنه متناقض؛ لأنه زعم أنه لقيط في يده، وابنه لا يكون لقيطًا. ووجه الاستحسان: أنه يلتزم حفظه ونفقته بهذا الإقرار والتناقض لا يمنع دعوى النسب، كما إذا أكذب الملاعن نفسه. (د)

(٦) أي في "المبسوط". (ب)

(٧) أي شخصان من خارج. (ب)

(٨) أي جسد اللقيط مثل ثيابه ونحوه. (ب)

(٩) فيجب على اللقيط دفعه. (ب)

(١٠) أي الدعوة.

(١١) لأن البينة أقوى. (ب)

(١٢) قوله: "وإذا وجد إلخ" الحاصل أن المسألة على أربعة أوجه: أحدها: أن يجده مسلم في مكان المسلمين كالمسجد ونحوه، فيكون محكوما عليه بالإسلام. والثاني: أن يجده كافر في مكان أهل الكفر كالبيعة والكنيسة، فيكون محكومًا عليه بالكفر، لا يصلى عليه إذا مات. والثالث: أن يجده كافر في مكان المسلمين، والرابع: أن يجده مسلم في مكان الكافرين، ففي هذين الفصلين، اختلفت الرواية. (نهاية)

(١٣) قوله: "وهذا استحسان" والقياس أن لا يصح؛ لأن في ثبوت نسبه منه نفي إسلامه الثابت بالدار. (ف)

الإسلام الثابت بالدار، وهو يضرّه، فصحت دعوته فيما ينفعه[١] دون ما يضره[٢]. وإن وجد في قرية من قرى أهل الذمة، أو في بيعة، أو كنيسة كان ذميًا، وهذا[٣] الجواب فيما إذا كان الواجد ذميًا روايةً واحدةً، وإن كان الواجد مسلمًا في هذا المكان[٤]، أو ذميًا في مكان المسلمين، اختلفت الرواية فيه، ففي رواية كتاب اللقيط[٥] اعتبر المكان لسبقه[٦]، وفي كتاب الدعوى في بعض النسخ[٧] اعتبر الواجد، وهو رواية ابن سماعة عن محمد لقوة اليد، ألا ترى أن تبعية الأبوين فوق تبعية الدار حتى إذا سبي مع الصغير أحدهما يعتبر كافرًا[٨]، وفي بعض نسخه اعتبر الإسلام[٩] نظرًا للصغير. ومن ادعى[١٠] أن اللقيط عبده لم يُقبل منه[١١]؛ لأنه حر ظاهرًا إلا أن يُقيم البينة[١٢] أنه عبده، فإن ادعى[١٣] عبد أنه ابنه، ثبت نسبه منه؛ لأنه ينفعه، وكان حرًا؛ لأن المملوك قد تلد له الحرة[١٤]، فلا تبطل الحرية

---

(١) أي النسب.

(٢) قوله: "دون ما يضره [أي إبطال الإسلام]" وليس من ضرورة ثبوت النسب من الكافر الكفر؛ لجواز مسلم هو ابن كافر بأن أسلمت أمه. (ف)

(٣) أي كونه ذميًا، أي الذي ذكره القدوري.

(٤) أي في البيعة أو الكنيسة.

(٥) أي من "المبسوط". (ب)

(٦) أي في الفصلين.

(٧) أي بعض نسخ "المبسوط". (ب)

(٨) حتى لا يصلى عليه.

(٩) لأن الإسلام نافع، والكفر ضار له.

(١٠) هذا لفظ القدوري. (ب)

(١١) أي بمجرد قوله.

(١٢) قوله: "إلا أن يقيم البينة" لا يقال: هذه البينة ليست على خصم، فلا يقبل؛ لأن الملتقط خصم؛ لأنه أحق بثبوت يده عليه، فلا تزول إلا بالبينة، وإنما قلنا هذا كي لا ينتقض بما إذا ادعى خارج نسبه، فإن يده تزول بلا بينة على الأوجه. والفرق أن يده اعتبرت لمنفعة الولد، وفي دعوى النسب منفعة فوق المنفعة التي أوجبت اعتبار يد الملتقط، فتزال، وههنا ليس كذلك. (ف)

(١٣) هذا لفظ القدوري. (ب)

(١٤) قوله: "لأن المملوك إلخ" حاصل الكلام أن المملوك قد تلد له الحرة، فلا يكون عبدا، وقد تلد له الأمة؛ فيكون عبدا، والظاهر في بني آدم الحرية، فلا تبطل بالشك. (ب)

الظاهرية بالشك. والحر في دعوته اللقيط أولى من العبد[(١)]، والمسلم أولى من الذمي؛ ترجيحًا لما هو الأنظر في حقه.

وإن وجد مع اللقيط مال مشدود عليه، فهو له؛ اعتبارًا للظاهر[(٢)]، وكذا إذا كان مشدودًا على دابة، وهو عليها؛ لما ذكرنا[(٣)]، ثم يصرفه الواجد إليه بأمر القاضي[(٤)]؛ لأنه مال ضائع[(٥)]، وللقاضي ولاية صرف مثله إليه، وقيل: يصرفه بغير أمر القاضي؛ لأنه[(٦)] للقيط ظاهرًا[(٧)].

وله ولاية الإنفاق وشراء ما لا بد له منه كالطعام والكسوة؛ لأنه من الإنفاق، ولا يجوز تزويج الملتقط؛ لانعدام سبب الولاية[(٨)] من القرابة والملك والسلطنة. قال: ولا تصرفه[(٩)] في مال الملتقط؛ اعتبارًا بالأم[(١٠)]، وهذا[(١١)] لأن ولاية التصرف لتثمير المال، وذلك يتحقق بالرأي الكامل، والشفقة الوافرة، والموجود في كل واحد منهما[(١٢)] أحدهما[(١٣)].

---

(١) قوله: "أولى من العبد" أي إذا ادعى اللقيط العبد والحر، وهما خارجان. (عناية)

(٢) قوله: "اعتبارًا للظاهر" أي لظاهر يده عليه؛ لكونه من أهل الملك لكونه حرًا. (ب)

(٣) قوله: "لما ذكرنا [إشارة إلى قوله: اعتبارًا للظاهر]" فإن قيل: الظاهر يكفي للدفع، لا للاستحقاق، فلو ثبت الملك للقيط بهذا الظاهر، كان الظاهر مثبتًا للاستحقاق، قلنا: هذا الظاهر يدفع دعوى الغير، ثم الظاهر أن يكون الأملاك في يد الملاك. (ك)

(٤) هذا هو ظاهر الرواية. (ب)

(٥) قوله: "لأنه مال ضائع" يعني لا حافظ له، ومالكه وإن كان معه، فلا قدرة له على الحفظ، وللقاضي ولاية صرف مثله إليه. (ف)

(٦) أي المال.

(٧) وبه قال أحمد. (ف)

(٨) قوله: "لانعدام سبب الولاية" فإن قيل: قد أحياه بالالتقاط والتربية، فوجب له أن تثبت له الولاية بالإعتاق الذي هو إحياء حكمًا. قلنا: الرقيق في صفة المالية هالك، والمعتق يحدث فيه هذا الوصف، واللقيط كان حيًا حقيقة، فالملتقط لا يكون محيًا له لا حقيقةً ولا حكمًا. (ك)

(٩) بالبيع والشراء. (ف)

(١٠) قوله: "اعتبارًا بالأم" فإنها لا يجوز لها ذلك مع أنها تملك من التصرفات ما لا يملكه الملتقط كالتزويج عند عدم العصبة لعدم ملكه لذلك أولى. (ف)

(١١) أي عدم تصرف كل واحد من الأم والملتقط. (ف)

(١٢) أي الأم والملتقط. (ف)

(١٣) قوله: "أحدهما" لأن للملتقط رأيا كاملا، ولا شفقة له، وللأم شفقة كاملة، ولا رأي لها. (عناية)

قال: ويجوز أن يقبض[1] له الهبة؛ لأنه نفع محض، ولهذا يملكه الصغير بنفسه[2] إذا كان عاقلا، وتملكه الأم ووصيها.

قال[3]: ويسلمه في صناعة؛ لأنه من باب تثقيفه[4] وحفظ حاله، قال[5]: ويؤاجره[6].

قال العبد الضعيف: وهذا رواية القدوري في "مختصره"، وفي "الجامع الصغير": لا يجوز أن يؤاجره، ذكره في الكراهية، وهو الأصح.

وجه الأول: أنه يرجع إلى تثقيفه، ووجه الثاني: أنه لا يملك إتلاف منافعه، فأشبه العم[7]، بخلاف الأم؛ لأنها تملكه على ما نذكره في الكراهية[8] إن شاء الله تعالى.

كتاب اللقطة[9]

قال[10]: اللقطة أمانة إذا أشهد الملتقط أنه يأخذها ليحفظها، ويردها على صاحبها؛ لأن الأخذ على هذا الوجه[11] مأذون فيه شرعًا[12]، بل هو

---

(١) أي الملتقط.

(٢) بغير إذن الولي.

(٣) أي القدوري.

(٤) قوله: "لأنه من باب تثقيفه" التثقيف تقويم المعوج بالثقاف، وهو ما يسوى به الرماح، ويستعار للتأديب والتهذيب. (عناية)

(٥) أي القدوري.

(٦) هذا اللفظ ليس على قانون اللغة، وإنما هو على اصطلاح الفقهاء.

(٧) فإنه لا يجوز للعم إجارة الصغير. (ب)

(٨) أي في آخر كتاب الكراهية في المسائل المتفرقة. (ب)

(٩) قوله: "كتاب اللقطة" اللقطة فعلة بضم الفاء وفتح العين وصف مبالغة للفاعل كهمزة ولمزة وضحكة لكثير الهمز وغيره، وبسكونها للمفعول كضحكة وهزوة للذي يهزأ منه، وإنما قيل للمال: لقطة بفتح العين؛ لأن طبائع النفوس غالبًا تبادر إلى التقاطه، فصار المال باعتبار أنه داع إلى أخذه، كأنه الكثير الملتقط مجازًا، وما عن الأصمعي وابن الأعرابي: أنه بفتح القاف أيضًا اسم للمال، فمحمول على هذا يعني يطلق على المال أيضًا. (ف)

(١٠) أي القدوري.

(١١) أي وجه الإشهاد. (ب)

الأفضل[١] عند عامة العلماء، وهو الواجب إذا خاف الضياع[٢] على ما قالوا[٣]، وإذا كان كذلك لا تكون مضمونة عليه[٤]، وكذلك إذا تصادقا[٥] أنه أخذها للمالك؛ لأن تصادقهما حجة فى حقهما، فصار كالبينة[٦]. ولو أقر[٧] أنه أخذه لنفسه يضمن بالإجماع[٨]؛ لأنه أخذ مال غيره بغير إذنه، وبغير إذن الشرع، وإن لم يشهد الشهود عليه[٩]، وقال الآخذ: أخذتُه للمالك، وكذبه المالك[١٠] يضمن عند أبى حنيفة ومحمد.

وقال أبو يوسف: لا يضمن[١١]، والقول قوله[١٢]؛ لأن الظاهر شاهد له لاختياره الحسبة[١٣] دون المعصية. ولهما[١٤] أنه أقر بسبب الضمان، وهو

---

(١٢) قوله: "شرعًا" لقوله عليه الصلاة والسلام: «من أصاب لقطة فليشهد ذو عدل»، رواه إسحاق ابن راهويه فى "مسنده". (ب)

(١) قوله: "بل هو الأفضل" احتراز عن قول من يقول: إنه أخذ مال الغير بغير إذن صاحبه، وذلك حرام شرعًا، وعن قول من قال: أخذه جائز، لكن تركه أفضل. (عناية)

(٢) أى ضياع اللقطة بتركها.

(٣) أى مشايخنا. (ب)

(٤) لأنه لم يأخذه لنفسه. (ع)

(٥) أى الملتقط والمالك.

(٦) قوله: "فصار كالبينة" يعنى أن البينة إذا وجدت عند الأخذ لا يجب الضمان، فكذا إذا وجد التصادق. (ب)

(٧) ذكره تفريعًا لمسألة القدورى. (ب)

(٨) قوله: "بالإجماع" إنما قيد به احترازًا عن الضمان الذى يلزم عند عدم الإشهاد عند أبى حنيفة، فإن فيه خلاف أبى يوسف. (ب)

(٩) أى عند الالتقاط.

(١٠) أى قال: إنك أخذته لنفسه.

(١١) وبه قال الشافعي ومالك وأحمد. (ب)

(١٢) قوله: "والقول قوله" لأن صاحبها يدعى عليه سبب الضمان، ووجوب القيمة في ذمته، وهو ينكره، والقول قول المنكر مع يمينه، كما لو ادعى الغصب. (عناية)

(١٣) قوله: "لاختياره الحسبة [اسم من الاحتساب كالعدة من الأعداء. ب]" لأن فعل المسلم محمول على ما يحل شرعًا، وهو أخذه للرد، لا لنفسه. (عناية)

(١٤) قوله: "ولهما إلخ" ذكر فى "فتاوى قاضي خان": هذا الاختلاف فى ما إذا أمكنه أن يشهد، أما إذا لم يجد أحدًا يشهد عند الرفع، أو خاف أنه لو أشهد عند الرفع يأخذه منه الظالم، لا يكون ظالمًا بترك

أخذ مال الغير[١]، وادعى ما يبرأه، وهو الأخذ لمالكه، وفيه وقع الشك[٢]، فلا يبرأ، وما ذكر من الظاهر يعارضه مثله[٣]؛ لأن الظاهر أن يكون المتصرف عاملا لنفسه، ويكفيه[٤] فى الإشهاد أن يقول: من سمعتوه ينشد[٥] لقطةً، فدلّوه علىّ واحدة كانت اللقطة[٦]، أو أكثر؛ لأنه اسم جنس. قال[٧]: فإن كانت أقل من عشرة دراهم عرفها أيامًا، وإن كانت عشرة فصاعدًا عرفها حولا. قال العبد الضعيف[٨]: وهذه رواية عن أبى حنيفة[٩]، وقوله: أيّامًا معناه[١٠] على حسب ما يرى الإمام، وقدره محمد فى "الأصل"[١١] بالحول عن غير تفصيل بين القليل والكثير، وهو قول مالك والشافعى؛ لقوله عليه السّلام[١٢]: «من التقط شيئًا فليعرفه[١٣]

الإشهاد. (ك)

(١) أى بغير إذنه.

(٢) قوله: "وفيه وقع الشك" وهو أنه يحتمل أنه أخذه لنفسه فيضمن، ويحتمل أنه أخذه لا لنفسه، فلا يضمن، فوقع الشك، فلا يبرأ عن الضمان. (ب)

(٣) وهو قوله: لأن ظاهر الحال شاهد له. (ب)

(٤) أى الملتقط.

(٥) أى ينادى. (ب)

(٦) قوله: "واحدة كانت إلخ" يعنى سواء كانت اللقطة من جنس واحد، أو من أجناس مختلفة كالذهب والفضة والثوب؛ لأن اللقطة اسم جنس يتناول الكل. (كفاية)

(٧) أى القدورى.

(٨) أى المصنف.

(٩) قوله: "هذه رواية عن أبى حنيفة" يشير إلى أنها ليست ظاهر الرواية، فإن الطحاوى قال: إذا التقط لقطة، يعرفها سنة سواء كان الشيء نفيسًا، أو خسيسًا فى ظاهر الرواية. (عناية)

(١٠) قوله: "معناه إلخ" روى عن أبى حنيفة أنها إن كانت مائتى درهم فصاعداً يعرفها حولا، وإن كانت عشرة فصاعداً يعرفها شهراً، وإن كانت ثلاثة فصاعداً يعرفها عشرة أيام، وإن كانت درهمًا فصاعداً يعرفها ثلاثة أيام، وإن كانت دانقًا فصاعداً يعرفها يومًا، وإن كانت دون ذلك ينظر يمنة ويسرة، ثم يصدقه فى كف فقير.

وقال شمس الأئمة السرخسى: وشيء من هذا ليس بتقدير لازم، بل يعرف القليل بقدر ما يغلب على ظنه أن صاحبها لا يطلبها بعد ذلك. (ب)

(١١) أى المبسوط. (ب)

(١٢) أخرجه إسحاق بن راهويه. (ت)

سنة»* من غير فصل. وجه الأول: أن التقدير بالحول ورد في لقطة كانت مائة دينار[٢] تساوي ألف درهم، والعشرة وما فوقها في معنى الألف في تعلق القطع به في السرقة[٣]، وتعلق استحلال الفرج به[٤]، وليست في معناها في حق تعلق الزكاة[٥]، فأوجبنا التعريف بالحول احتياطًا، وما دون العشرة ليس في معنى الألف بوجه ما[٦]، ففوضنا إلى رأي المبتلى به.

وقيل: الصحيح أن شيئًا من هذه المقادير ليس بلازم[٧]، ويفوض إلى رأي الملتقط يعرفها إلى أن يغلب على ظنه أن صاحبها لا يطلبها بعد ذلك، ثم يتصدق به، وإن كانت اللقطة شيئًا لا يبقى عرّفه حتى إذا خاف أن يفسد تصدق به، وينبغي أن يعرفها في الموضع الذي أصابها.

و في المجامع[٨] فإن ذلك أقرب إلى الوصول إلى صاحبها، وإن كانت شيئًا يعلم أن صاحبها لا يطلبها كالنواة، وقُشور الرمان[٩] يكون

---

(١٣) قوله: "فليعرفه" ظاهر الأمر بتعريفها سنة يقتضي تكرار التعريف عرفًا وعادة، لكن يجب حمله على المعتاد من أنه يفعله وقتًا بعد وقت، ويكرر ذلك كلما وجد مظنة، وما قدمناه من قول أبي الواجي مما يفيد الاكتفاء مرة واحدة هو في دفع الضمان عنه، أما الواجب فأن يذكره مرةً بعد أخرى. (ف)

* راجع نصب الراية ج٣ ص٤٦٦، والدراية ج٢، الحديث ٧٤٧ ص١٤٠. (نعيم)

(٢) قوله: "ورد في لقطة كانت مائة دينار إلخ" يشير إلى ما في "صحيح البخاري": عن أبي بن كعب قال: أخذت صرة مائة دينار، فأتيت رسول الله ﷺ، فقال: عرفها حولا فعرفتها، فلم أجد من يأخذها، ثم أتيته، فقال: عرفها حولا، فعرفتها، ثم أتيته ثالثًا، فقال: «احفظ وعاءها ووكاءها فإن جاء صاحبها وإلا استمتع بها». (ب)

(٣) لأن اليد تقطع في السرقة بالعشرة فما فوقها. (ب)

(٤) فإن تقدير المهر بالعشرة فصاعدًا.

(٥) فإن الزكاة لا تجب في العشرة.

(٦) لا في السرقة، ولا في النكاح، ولا في غيرهما.

(٧) هذا القول اختاره السرخسي. (ف)

(٨) كالأسواق وأبواب المساجد.

(٩) قوله: "كالنواة وقشور الرمان" يعني إذا كان في مواضع مختلفة، فجمعها وصار بحكم الكثرة، لها قيمة، فإنه يجوز له الانتفاع بها؛ لأن القيمة ظهرت بالاجتماع، وهو حصل بصنعه، ولكنه لا يملكها حتى إن صاحبها إذا وجدها في يده بعد ما جمعها جاز أن يأخذها؛ لأن الإلقاء متفرقًا دليل على الإذن، لا على

إلقاءها إباحة حتى جاز الانتفاع به من غير تعريف، ولكنه مُبقى على ملك مالكه؛ لأن التمليك من المجهول لا يصح.

قال[١]: فإن جاء صاحبها[٢]، وإلا تصدق بها[٣]؛ إيصالا للحق إلى المستحِقّ، وهو واجب[٤] بقدر الإمكان، وذلك بإيصال عينها[٥] عند الظَفْر بصاحبها، وإيصال العوض، وهو الثواب على اعتبار إجازته[٦] التصدقَ بها، وإن شاء أمسكَها رجاء الظفر بصاحبها.

قال: فإن جاء صاحبها يعنى بعد ما تصدق بها، فهو بالخيار إن شاء أمضى الصدقة، وله ثوابها؛ لأن التصدق وإن حصل بإذن الشرع[٧] لم يحصل بإذنه، فيتوقف على إجازته، والملك يثبت للفقير قبل الإجازة[٨]، فلا يتوقف على قيام المحل. بخلاف بيع الفضولي لثبوته[٩] بعد الإجازة فيه[١٠]، وإن شاء ضمّن الملتقط؛ لأنه سلّم ماله إلى غيره بغير

التمليك. (ع)

(١) أي القدوري.

(٢) قوله: "فإن جاء إلخ" يعني فإن جاء صاحب اللقطة بعد التعريف، والجزاء محذوف أي دفعها إليه. (ب)

(٣)قوله: "وإلا تصدق بها [أي إن لم يجئ مالكها]" أو أكلها إن كان فقيرا، أو استقرضها بإذن الإمام، وإن شاء أمسكها أبداً، حتى يجيء صاحبها، وإذا خشي الموت يوصى بها كي لا يدخل في المواريث. (ف)

(٤) للخروج عن العهدة.

(٥) أي عين اللقطة.

(٦) قوله: "على اعتبار إجازته [أي إجازة صاحب اللقطة]" إنما قيد به؛ لأنه إذا لم يجز التصدق لا يكون الثواب له. (ب)

(٧)قوله: "وإن [الواو وصلية] حصل بإذن الشرع" أخرج البزار والدارقطني من حديث أبي هريرة رضي الله عنه مرفوعاً: «من التقط شيئاً فليعرفه سنة فإن جاء صاحبه فيرده إليه وإن لم يأت صاحبه فليتصدق به». (ب)

(٨) قوله: "والملك يثبت إلخ" جواب سؤال مقدر، تقريره: أن يقال: لما توقف التصدق على إجازته، فينبغي أن يشترط وجود المحل عند الإجازة، لكن لا يشترط حتى إذا هلك المال في يد الفقير، ثم أجاز المالك، جاز. وتقرير الجواب: أن الملك ثبت للفقير قبل الإجازة؛ لأن الملتقط لما أذن له الشرع في التصدق ملكه الفقير؛ لأن الصدقة من أسباب الملك، فلا يتوقف ثبوته على قيام المحل.

فإن قيل: لو ثبت الملك للفقير، ينبغي أن لا يأخذه المالك إذا كان قائماً في يده، قلنا: ثبوت الملك لا يمنع صحة الاسترداد كالواهب يملك الرجوع بعد ثبوت الملك للموهوب له. (ب)

(٩) أي الملك يثبت فيه بعد ثبوت الإجازة، فلا بد من قيام المحل وقت الإجازة.

(١٠) أي في بيع الفضولي.

إذنه[1] إلا أنه بإباحة من جهة الشرع، وهذا لا ينافى الضمان حقًا للعبد، كما فى تناول مال الغير حالة المخمصة[2]، وإن شاء ضمّن المسكين[3]، إذا هلك فى يده؛ لأنه قبض ماله بغير إذنه[4]، وإن كان قائمًا أخذه؛ لأنه وَجَد عين ماله. قال[5]: ويجوز الالتقاط فى الشاة والبقر والبعير، وقال مالك والشافعى: إذا وجد البعير والبقر فى الصحراء، فالترك أفضل[6]، وعلى هذا الخلاف الفرس. لهما أن الأصل فى أخذ مال الغير الحرمة والإباحة مخافة الضياع[7]، وإذا كان معها[8] ما يدفع عن نفسها يقل الضياع[9]، ولكنه يتوهم، فيُقضى بالكراهة، والندب إلى الترك. ولنا أنها لقطة يتوهم ضياعها[10]، فيستحب أخذها، وتعريفها صيانةً لأموال الناس، كما فى الشاة.

فإن أنفق الملتقط عليها[11] بغير إذن الحاكم، فهو متبرع؛ لقصور ولايته عن ذمة المالك[12]، وإن أنفق بأمره[13] كان ذلك دينًا على صاحبها؛ لأن

---

(١) قوله: "بغير إذنه" فإن قيل: كيف يصح تضمينه، وقد تصدق بها بإذن الشرع؟ فأجاب بقوله: إلا أنه بإباحة إلخ يعنى أن الإذن كان إباحة منه، لا إلزامًا، ومثل ذلك الإذن يسقط الإثم. (ع)

(٢) فإنه يحل بإباحة شرعية لكن بالضمان. (ب)

(٣) قوله: "وإن شاء ضمن المسكين" وأيهما ضمنه لا يرجع على صاحبه، فإن كلا منهما ضامن بفعله، الملتقط بالتسليم بغير إذن المالك، والفقير بالتسلّم بدونه، لا يقال: الفقير مغرور من جهة الملتقط، فيرجع عليه؛ لأن التعزير إذا لم يكن فى ضمن عقد لا يوجب شيئًا. (ع)

(٤) فصار كالغاصب.

(٥) أى القدورى.

(٦) وبه قال أحمد. (ب)

(٧) قوله: "والإباحة مخافة الضياع" فيه نظر؛ لأن مخافة الضياع يوجب الأخذ، لا أن يبيحه. (ع)

(٨) أى مع اللقطة.

(٩) كالقرن فى البقر، وزيادة القوة فى البعير بكدمه ونفخه، وكذلك فى الفرس. (ع)

(١٠) قوله: "ولنا أنها لقطة إلخ" فإن قلت: ما تقول فى حديث رواه البخارى عن زيد بن خالد: «إن رجلا سأل رسول الله عن اللقطة قال عرفها سنة قال فضالة الغنم فقال خذها فإنما هى لك أو لأخيك أو للذئب قال يا رسول الله فضالة الإبل فغضب رسول الله ﷺ حتى احمرت وجناته وقال ما لك ولها معها حذاءها وسقاءها حتى يلقاها ربها»، قلت: هو محمول على ما إذا لم يخف عليها، أما إذا خيف عليها، فأخذه أولى. (ب)

(١١) أى اللقطة.

(١٢) فصار كما إذا قضى دين غيره بغير إذنه. (ب)

للقاضي ولايةً في مال الغائب؛ نظرًا له، وقد يكون النظر في الإنفاق على ما نبين[١]. وإذا رفع ذلك[٢] إلى الحاكم، نظر فيه، فإن كان للبهيمة[٣] منفعة آجرها، أنفق عليها من أجرتها؛ لأن فيه إبقاء العين على ملكه من غير إلزام الدين عليه، وكذلك يفعل بالعبد الآبق[٤].

وإن لم يكن لها منفعة[٥]، وخاف أن تستغرق النفقة قيمتها باعها، وأمر بحفظ ثمنها؛ إبقاءً له معنى[٦] عند تعذر إبقاءه صورةً، وإن كان الأصلح الإنفاق عليها، أذن في ذلك، وجعل النفقة دينًا على مالكها؛ لأنه[٧] نصب ناظرًا، وفي هذا نظر من الجانبين[٨]. قالوا[٩]: إنما يأمر بالإنفاق يومين، أو ثلاثة أيام على قدر ما يرى؛ رجاء أن يظهر مالكها، فإذا لم يظهر يأمر ببيعها[١٠]؛ لأن دارة النفقة مستأصلة، فلا نظر في الإنفاق مدة مديدة. قال[١١]: وفي "الأصل": شرط إقامة البينة[١٢]، وهو الصحيح؛ لأنه يحتمل أن يكون غصبًا في يده، ولا يأمر فيه بالإنفاق، وإنما يأمر به في

(١٣) أي الحاكم.

(١) قوله: "على ما نبين" أي بعد خمسة خطوط عند قوله: وإذا كان الأصلح إلخ. (ب)

(٢) أي أمر اللقطة.

(٣) كالحيوان الذي يركب.

(٤) قوله: "وكذلك يفعل بالعبد الآبق" فإنه يؤجره وينفق عليه من أجرته؛ لأن فيه إبقاء لملكه. (ب)

(٥) كالشاة مثلا. (ب)

(٦) أي من حيث المالية.

(٧) أي الحاكم.

(٨) قوله: "من الجانبين" جانب المالك بإبقاء عين ماله، وجانب الملتقط بالرجوع. (ف)

(٩) أي المشايخ. (ف)

(١٠) قوله: "يأمر ببيعها" قيل: فإذا أمر بالبيع، فبيعت أعطى القاضي من ذلك الثمن ما أنفق بأمره في اليومين والثلاثة؛ لأن الثمن مال صاحبها، والنفقة دين عليه، وهو معلوم للقاضي. (عناية)

(١١) أي المصنف.

(١٢) قوله: "شرط إقامة البينة" حيث قال: فإن رفعها إلى قاض، وأقام بينة أنه التقطها أمره بأن ينفق عليها، وقال الولوالجي في "فتاواه": قالوا: هذا إذا كانت اللقطة شيئًا لا يخاف هلاكه إلى أن تقوم البينة، فإن كان يخاف لا يكلفه القاضي بإقامة البينة. (ب)

الوديعة، فلا بد من البينة لكشف الحال[١]، وليست البينة تقام للقضاء[٢]، وإن قال: لا بينة لي، يقول القاضي له: أنفِقْ عليه إن كنتَ صادقًا فيما قلتَ حتى ترجع على المالك، إن كان صادقًا، ولا يرجع إن كان غاصبًا[٣]. وقوله[٤] في "الكتاب"[٥]: وجعل النفقة دينًا على صاحبها، إشارةٌ إلى أنه إنما يرجع على المالك بعد ما حضر، ولم تبعَ اللقطة، إذا شرط القاضي الرجوع على المالك، وهذه رواية[٦]، وهو الأصح[٧].

قال: فإذا حضر يعني المالك، فللملتقط أن يمنعها منه حتى يُحضر النفقة[٨]؛ لأنه[٩] يحيي بنفقته، فصار كأنه استفاد الملك من جهته، فأشبه المبيع، وأقرب من ذلك راد الآبق[١٠]، فإنه له الحبس لاستيفاء الجعل[١١]؛ لما ذكرنا[١٢]، ثم لا يسقط دين النفقة بهلاكه[١٣] في يد الملتقط قبل الحبس، ويسقط إذا هلك بعد الحبس[١٤]؛ لأنه يصير بالحبس شبيه الرهن.

---

(١) أي لينكشف للقاضي أنها لقطة، أو غصب، فإن كان الأولى يأمره بالإنفاق، وفي الثاني لا. (ب)

(٢) قوله: "وليست إلخ" جواب سؤال مقدر، تقريره: كيف شرط في الأصل إقامة البينة، ولا تقوم إلا على مدعى عليه منكر، ولم يوجد ههنا، وتقرير الجواب: أن البينة ههنا ليست لأجل قضاء القاضي، وإنما تقام لكشف الحال. (ب)

(٣) قوله: "ولا يرجع إلخ" إنما قال: بهذا الترديد حذرًا عن لزوم أحد الضررين؛ لأنه لو أمر قطعًا تضرر المالك لسقوط الضمان على تقدير الغصب، ولو لم يأمر تضرر الملتقط على تقدير اللقطة. (ع)

(٤) القدوري.

(٥) أي في "مختصره". (ب)

(٦) قوله: "وهذه رواية" فلو أمر القاضي بالإنفاق على اللقطة، ولم يشترط الرجوع على المالك لا يرجع عليه. (ب)

(٧) وقيل: يرجع بمجرد أمره.

(٨) أي التي أنفقها الملتقط عليها.

(٩) قوله: "لأنه" أي اللقطة ذكر الضمير باعتبار المذكور قاله الكاكي، والأوجه أن يقال: ذكره باعتبار المال. (ب)

(١٠) أي العبد الفار.

(١١) وهو أربعون درهمًا على ما يأتي. (ب)

(١٢) إشارة إلى قوله: لأنه يحيى بنفقته. (ع)

(١٣) أي اللقطة على تأويل المال. (ب)

(١٤) قوله: "ويسقط إلخ" لم يحك فيه خلافًا، وكذا حافظ الدين في "الكافي" أيضًا، فيفهم أنه المذهب،

قال[(١)] : ولقطة الحِل[(٢)] والحرم سواء، وقال الشافعى : يجب التعريف[(٣)] فى لقطة الحرم إلى أن يجىء صاحبها ؛ لقوله عليه السلام فى الحرم[(٤)] : «ولا يحل لقطتها إلا لمنشدها[(٥)]»* .

ولنا قوله عليه السّلام : «اعرف عفاصها[(٦)] ووكاءها[(٧)] ثم عرفها سنة»** من غير فصل[(٨)]، ولأنها لقطة، وفى التصدق بعد مدة التعريف[(٩)] إبقاء ملك المالك من وجه[(١٠)] فيملكه، كما فى سائرها .

وتأويل ما روى أنه لا يحل الالتقاط إلا للتعريف[(١١)] والتخصيص بالحرم لبيان[(١٢)] أنه لا يسقط التعريف فيه لمكان أنه للغُربَاء[(١٣)] ظاهراً .

وجعل القدورى هذا قول زفر، وحكى فى "الينابيع" عن علمائنا الثلاثة عدم السقوط، ووجهه أن الدين ثابت، وليست العين الملتقطة رهناً ليسقط بهلاكها. (ف)

(١) أى القدورى.

(٢) أى خارج الحرم.

(٣) ولا يجوز تصدقها.

(٤) أخرجه البخارى ومسلم. (ت)

(٥) أى لمعرفها. (ب)

* راجع نصب الراية ج٣ ص٤٦٧، والدراية ج٢، الحديث ٧٤٨ ص١٤٠. (نعيم)

(٦) قوله: "اعرف عفاصها ووكاءها" العفاص بالكسر الوعاء الذى تكون فيه النفقة من جلد، أو خرقة، أو غير ذلك، والوكاء بالكسر: هو الرباط تشد به. (ب)

(٧) أخرجه الأئمة الستة. (ت)

** راجع نصب الراية ج٣ ص٤٦٨، والدراية ج٢، الحديث ٧٤٩ ص١٤١. (نعيم)

(٨) أى بين الحل والحرم. (ب)

(٩) أى السنة.

(١٠) أى يحصل الثواب.

(١١) قوله: "للتعريف" ولهذا ذكر فى رواية أخرى: «ولا يلتقط لقطة إلا من عرفها». (ب)

(١٢) قوله: "والتخصيص إلخ" جواب عما يقال: ما وجه تخصيص الحرم فى هذا المعنى. (ب)

(١٣) قوله: "لمكان أنه [أى الذى يلتقط فيه. ب] للغرباء إلخ" وذلك لأن مكة مكان الغرباء؛ لأن الناس يأتون إليه من كل فجّ عميق، ثم يتفرقون، فالغالب أن اللقطة لغريب لا يدرى عوده، فلا فائدة إذا فى التعريف، فينبغى أن يسقط التعريف؛ لعدم الفائدة، فأزال رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم ذلك الوهم بقوله: «لا تحل لقطتها إلا لمنشدها». (ب)

وإذا حضر رجل، فادعى اللقطةَ لَم تُدْفع إليه حتى يقيم البينة، فإن أعطى علامتها حل للملتقط أن يدفعها إليه، ولا يجبر[١] على ذلك في القضاء. وقال مالك والشافعي: يُجبر، والعلامة مثل أن يُسمّي وزن الدراهم، وعددها ووكاءها، ووِعاءها. لهما[٢] أن صاحب اليد يُنازعُه في اليد، ولا ينازعُه في الملك، فيشترط الوصف[٣] لوجود المنازَعة من وجه[٤]، ولا تشترط إقامة البينة لعدم المنازعة من وجه[٥].

ولنا أن اليد حق مقصود كالملك[٦]، فلا يستحق[٧] إلا لحجةٍ، وهو البينة[٨] اعتبارا بالملك إلا[٩] أنه تحلّ له الدفع عند إصابة العلامة؛ لقوله عليه السّلام[١٠]: «فإن جاء صاحبُها وعرف عِفاصها وعددَهَا فادفعها إليه»*، وهذا[١١] للإباحة عملا بالمشهور، وهو قوله عليه السّلام[١٢]: «البينة على المدعى»** الحديث.

---

(١) أي لا يجبره الحاكم. (ب)

(٢) قوله: "لهما [أي المالك والشافعي] إلخ" حاصله أن الملتقط لا نزاع له في الملك؛ لأنه لا يدعى الملك، وإنما نزاعه في اليد، فكان نزاعه من وجه دون وجه، فاشترط بيان العلامة دون إقامة البينة. (ب)

(٣) أي وصف اللقطة.

(٤) أي من حيث اليد.

(٥) وهي المنازعة في الملك. (ب)

(٦) قوله: "كالملك" بدليل وجوب الضمان في غصب المدبر باعتبار إزالة اليد؛ لأنه غير قابل للنقل ملكًا. (ع)

(٧) أي المدعى.

(٨) لحديث: «البينة على المدعى».

(٩) يعني القياس يقتضي أن لا يحل الدفع إلا بحجة أنا أبحناه بالعلامة بالحديث.

(١٠) رواه مسلم. (عيني)

* راجع نصب الراية ج٣ ص٤٦٨، والدراية ج٢، الحديث ٧٥٠ ص١٤١. (نعيم)

(١١) قوله: "وهذا" أي الأمر في هذا الحديث: «فادفعها» وجب حمله على الإباحة لأجل العمل بالحديث المشهور، فإنه لو لم يحمل على الإباحة، وحمل على الوجوب، لزم التعارض المستلزم للترك. (ع)

(١٢) قلت: يأتي ذكره في الدعوى.

** راجع نصب الراية ج٣ ص٤٦٨، وانظر في الدراية ج٢ تحت الحديث ٧٤٨ ص١٤١. (نعيم)

ويأخذ منه كفيلا(١) إذا كان يدفعها إليه استيثاقًا(٢)، وهذا بلا خلاف؛ لأنه يأخذ الكفيل لنفسه، بخلاف التكفيل لوارثٍ غائب(٣) عنده(٤)، وإذا صدّقه قيل: لا يجبر على الدفع كالوكيل بقبض الوديعة(٥) إذا صدّقه، وقيل: يجبر؛ لأن المالك ههنا غير ظاهر(٦)، والمودع مالك ظاهرًا(٧).

ولا يتصدق باللقطة على غنى؛ لأن المأمور به هو التصدق؛ لقوله عليه السّلام(٨): «فإن لم يأتِ -يعنى صاحبها- فليتصدق به»*، والصدقة(٩) لا يكون على غنى، فأشبه الصدقة المفروضة(١٠).

وإن كان الملتقط غنيًا لم يجز له أن ينتفع بها. وقال الشافعى: يجوز؛ لقوله عليه السلام فى حديث أُبى(١١): «فإن جاء صاحبُها فادفعها إليه وإلا

(١) أى من مدعى اللقطة.

(٢) قوله: "استيثاقا" أى لأجل الاستيثاق لنفسه حتى إذا ظهر الأمر بخلافه أمكن الرجوع على الكفيل، هذا إذا دفعها بالعلامة، وأما إذا دفعها بالحجة فلا. (ب)

(٣) قوله: "بخلاف التكفيل لوارث غائب" صورته: ميراث قسم بين الغرماء، أو بين الورثة، لا يؤخذ من الغريم، والوارث كفيل، وعندهما يؤخذ. (ك)

(٤) أى عند أبى حنيفة.

(٥) قوله: "كالوكيل بقبض الوديعة" يعنى لو جاء رجل إلى المودع، وقال: أنا وكيل المودع فى استرداد الوديعة منك، فصدقه لا يجبر على الدفع إليه. (ب)

(٦) قوله: "غير ظاهر" يعنى فجاز أن يكون المالك هو الذى حضر، فلما أقر الملتقط بأنه هو المالك، كان إقراره ملزما للدفع إليه. (ع)

(٧) قوله: "والمودع مالك ظاهرًا" فإقراره فى ملك الغير غير ملزم، ثم فى الوديعة إذا دفع إليه بعد ما صدقه، وهلك فى يده، ثم حضر المودع، وأنكر الوكالة، وضمن المودع ليس له أن يرجع على الوكيل بشىء، وههنا للملتقط أن يرجع. (ك)

(٨) قلت: أخرجه الدارقطنى. (ت)

* راجع نصب الراية ج٣ ص٤٦٨، والدراية ج٢، الحديث ٧٥١ ص١٤١. (نعيم)

(٩) كالزكاة.

(١٠) كالزكاة.

(١١) قوله: "فى حديث أبى إلخ" قلنا: هذه رواية ليس فيها أن الخطاب لأبى بن كعب، فإنها كما فى "صحيح مسلم" عنه أن رسول الله ﷺ قال فى اللقطة: «عرفها سنة فإن جاء أحد» إلى أن قال: «وإلا فهى كسبيل مالك»، وظاهره أنه يحكى قوله لسائل يسأله عنه، وجاز كون ذلك فقيرًا. (ف)

فانتفع بها وكان من المياسير[١]»*، ولأنه[٢] إنما يُباح للفقير حملا له على رفعها[٣] صيانةً لها، والغنى يشاركه فيه[٤]. ولنا أنه[٥] مال الغير، فلا يباح الانتفاع به إلا برضاه لإطلاق النصوص[٦]، والإباحة للفقير لما رويناه[٧]، أو بالإجماع[٨]، فيبقى ما وراءه على الأصل[٩]. والغنى محمول[١٠] على الأخذ لاحتمال افتقاره فى مدة التعريف، والفقير قد يتوافى لاحتمال استغناءه فيها، وانتفاء أُبى[١١] كان بإذن الإمام، وهو[١٢] جائز بإذنه[١٣].

وإن كان الملتقط فقيراً، فلا بأس بأن ينتفع بها؛ لما فيه من تحقيق النظر

---

(١) قوله: "وكان من المياسير" بدليل ما فى بعض الروايات، وإلا فهى كسبيل مالك، فقد جعل له مالا. (ف) قوله: "وكان [أى أبى بن كعب] من المياسير [جمع ميسور أى الغنى]" لو سلم أن الخطاب كان لأبى لا يخرج عن قضايا الاحتمال؛ إذ المال لا يلزم أن يكون نصابًا، وكونه خاليًا عن الدين. (ف)

* راجع نصب الراية ج٣ ص٤٦٩، والدراية ج٢، الحديث ٧٥٢ ص١٤١. (نعيم)

(٢) أى الانتفاع باللقطة. (ب)

(٣) قوله: "حملا له على رفعها" أى لكونه حاملا، وباعثًا على رفع اللقطة حفظًا لها عن الضياع. (ب)

(٤) قوله: "والغنى يشاركه فيه" حاصله أن حل الانتفاع باللقطة للفقير بعد التعريف يصير سببًا للالتقاط، فإنه متى علم أنه يحل له الانتفاع به بعد التعريف يرغب فى الالتقاط، فيكون المال محفوظًا، والغنى يشارك الفقير فى هذا المعنى، فيشاركه فى حل الانتفاع به. (ب)

(٥) أى اللقطة.

(٦) قوله: "لإطلاق النصوص" يريد به قوله تعالى: ﴿ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم﴾، وقوله تعالى: ﴿ولا تعتدوا﴾، وقوله تعالى: ﴿فمن اعتدى عليكم﴾. (عناية)

(٧) أى قوله: «فليتصدق به».

(٨) قوله: "أو بالإجماع" أى على جواز الصدقة للفقير دون الغنى. (ب)

(٩) قوله: "فيبقى ما وراءه على الأصل" أى بقى ما وراء جواز الانتفاع للفقير على الأصل، وهو حرمة الانتفاع بمال الغير بغير إذنه. (ب)

(١٠) قوله: "والغنى إلخ" جواب عن قول الشافعي؛ لأنه إنما يباح إلخ حاصله أن الغنى محمول علي حمل اللقطة لاحتمال افتقاره فى مدة التعريف، والفقير قد يتكاسل فى الأخذ، فيكون الحاصل في كل منهما رفع اللقطة، واحتمال عدم الرفع. (ب)

(١١) جواب عن استدلاله بحديث أبي. (عناية)

(١٢) أى انتفاع الغنى.

(١٣) لأنه فى محل مجتهد فيه. (ع)

من الجانبين[١]، ولهذا[٢] جاز الدفع إلى فقير غيره، وكذا[٣] إذا كان الفقير أباه، أو ابنه، أو زوجته، وإن كان هو غنيًا؛ لما ذكرنا[٤]، والله أعلم.

كتاب الإباق[٥]

الآبق أخذُه أفضل في حق من يقوى عليه؛ لما فيه[٦] من إحيائه، وأما الضال[٧] فقد قيل: كذلك، وقد قيل: تركه أفضل؛ لأنه لا يبرح مكانَه، فيجده المالك، ولا كذلك الآبق[٨]، ثم آخذ الآبق يأتي به إلى السلطان[٩]؛ لأنه لا يقدر على حفظه بنفسه، بخلاف اللقطة، ثم إذا رفع الآبق إليه يحبسه، ولو رُفع الضال لا يحبسه؛ لأنه لا يؤمن على الآبق الإباق ثانيًا، بخلاف الضال[١٠].

قال[١١]: ومن رد آبقًا على مولاه من مسيرة ثلاثة أيام فصاعدًا، فله عليه جعله[١٢] أربعون درهمًا[١٣]، وإن رده لأقل من ذلك[١٤] فبحسابه،

(١) قوله: "من الجانبين" جانب الملتقط بالانتفاع، وجانب المالك بحصول الثواب. (ب)

(٢) أي لكون النظر فيه من الجانبين.

(٣) أي لا بأس بالانتفاع.

(٤) إشارة إلى قوله: لما فيه النظر من الجانبين.

(٥) قوله: "كتاب الإباق [بالكسر من أبق من باب ضرب يضرب. ب]" كل من الإباق، واللقيط، واللقطة تحقق فيه عرضة الزوال والتلف، إلا أن التعرض له بفعل فاعل مختار في الإباق، فكان الأولى تعقيب الجهاد به، بخلاف اللقطة واللقيط. (ف)

(٦) لأن الآبق هالك في حق المولى. (عناية)

(٧) قوله: "وأما الضال" هو الذي ضل الطريق إلى منزله، والآبق: هو الذي يهرب عن مولاه. (ب)

(٨) لأنه يخفى عن مولاه.

(٩) قوله: "إلى السلطان" أو إلى نائبه، أو إلى القاضي، وهذا اختيار السرخسي، وعند الحلوائي الآخذ بالخيار إن شاء حفظه بنفسه، وإن شاء دفعه إلى الإمام، وكذلك الضال والضالة. (ب)

(١٠) فإنه ليس من عادته الإباق، فلا حاجة إلى حبسه.

(١١) أي القدوري.

(١٢) قوله: "فله عليه جعله" بالضم: ما يجعل للعامل على عمله، الجعائل جمع جعيلة، أوجعالة بمعناه. (مغرب)

(١٣) قوله: "أربعون درهمًا" ههنا مسألة عجيبة، وهي أنه إذا قال لغيره: قد أبق عبدي، فإن وجدته فخذه،

وهذا[١] استحسان. والقياس أن لا يكون له شيء إلا بالشرط[٢]، وهو قول الشافعي؛ لأنه متبرع بمنافعه، فأشبَه العبد الضال[٣].

ولنا أن الصحابة رضوان الله عليهم اتفقوا على وجوب أصل الجعل إلا أن منهم من أوجب أربعين[٤]، ومنهم من أوجب ما دونها، فأوجبنا الأربعين في مسيرة السفر، وما دونها فيما دونه توفيقًا[٥] وتلفيقًا[٦] بينهما، ولأن إيجاب الجعل أصله حاملٌ على الرد؛ إذ الحسبة[٧] نادرة، فتحصل صيانةُ أموال الناس، والتقدير بالسمع[٨]، ولا سمع في الضال[٩] فامتنع.

ولأن الحاجة[١٠] إلى صيانة الضال دونها إلى صيانة الآبق؛ لأنه لا يتوارى، والآبق يختفي، ويقدر الرضخ[١١] في الرد عما دون السّفر باصطلاحهما[١٢]، أو يُفوض إلى رأي القاضي[١٣]، وقيل: تقسم الأربعون

فقال المأمور: نعم، فوجده المأمور على مسيرة ثلاثة أيام، فرده على المولى، فلا جعل له؛ لأن المولى قد استعان به في رد الآبق، وقد وعد المعين الإعانة. (د)

(١٤) أي من مدة السفر.

(١) أي وجوب الجعل. (ب)

(٢) بأن يقول: من رد على عبدي، فله كذا.

(٣) حيث لا يجب عليه شيء إذا تبرع. (ت)

(٤) قوله: "إلا أن منهم من أوجب إلخ" قلت: روى عبد الرزاق عن أبي عمرو الشيباني، قال: أصبت غلامًا آبقًا، فذكرت ذلك لابن مسعود، فقال: الأجر والغنيمة، قلت: هذا الأجر، فما الغنيمة، قال: أربعون درهمًا، وروى ابن أبي شيبة عن سعيد بن المسيب أن عمر جعل للآبق دينارًا، أو اثنى عشر درهمًا. (ت)

(٥) بين الآثار المذكورة.

(٦) قوله: "وتلفيقا" من لفقت الثوب لفقة، إذا ضممت شقه إلى شقه. (ف)

(٧) أي رده احتسابًا لله تعالى. (ف)

(٨) جواب عن قياس الآبق على الضال. (بناية)

(٩) قوله: "ولا سمع إلخ" أي لم يرد شيء في وجوب شيء في رد الضال، فامتنع القياس على الضال، وكان القياس في رد الآبق أيضًا عدم الوجوب إلا أنا تركنا القياس فيه لوجود السمع. (ب)

(١٠) قوله: "ولأن الحاجة" إشارة إلى نفي الإلحاق دلالة؛ لأنها تقتضي المساواة. (عناية)

(١١) قوله: "ويقدر الرضخ" تفصيل لقوله: "وإن رده لأقل من ذلك فبحسابه"، والرضخ بالمعجمتين من قوله: "أرضخ فلان لفلان ماله" إذا أعطاه قليلا من كثير، كذا ذكره ابن دريد. (ب)

(١٢) قالوا: هذا هو الأشبه بالاختيار. (ف)

على الأيام الثلاثة[(١)]؛ إذ هى أقل مدة السفر.

قال[(٢)]: وإن كانت قيمته أقل من أربعين يقضى له[(٣)] بقيمته إلا درهمًا، قال[(٤)]: وهذا قول محمد. وقال أبو يوسف: له أربعون درهمًا؛ لأن التقدير بها ثبت بالنّص، فلا ينقص عنها، ولهذا[(٥)] لا يجوز الصلح على الزيادة، بخلاف الصلح على الأقل؛ لأنه حط منه. ولمحمد: أن المقصود[(٦)] حملُ الغير على الرد؛ ليحيى مال المالك[(٧)]، فينقص درهم ليسلم له[(٨)] شىء تحقيقًا للفائدة. وأما أم الولد والمدبر فى هذا[(٩)] بمنزلة القن[(١٠)] إذا كان الرد فى حياة المولى؛ لما فيه من إحياء ملكه، ولو رُد بعد مماته، لا جعل فيهما؛ لأنهما يعتقان بالموت[(١١)]، بخلاف القن[(١٢)]، ولو كان

---

(١٣) فيقدره على حسب ما يراه. (ب)

(١) لكل يوم ثلاثة عشر وثلث. (ف)

(٢) أى القدورى.

(٣) أى للراد.

(٤) أى المصنف.

(٥) قوله: "ولهذا [أى لكون الأربعين منصوصًا] إلخ" يعنى إذا صالح المالك مع الراد على أكثر من أربعين لا يجوز الصلح لتعين الأربعين بالنص، بخلاف المصالح على الأقل. (ب)

(٦) من الجعل.

(٧) لأن الآبق هالك حكمًا.

(٨) أى للمالك. (ب)

(٩) أى فى وجوب الجعل.

(١٠) قوله: "بمنزلة القن" لأنهما مملوكان للمولى، وهو يستكسبهما بمنزلة القن، وتعليل المصنف بقوله: لما فيه من إحياء ملكه أولى من تعليل غيره بقوله: مما فيه من إحياء المالية؛ لأن أم الولد لا مالية فيها عند أبى حنيفة. (ع)

(١١) قوله: "لأنهما يعتقان بالموت" فيقع رد حر، لا مملوك على مالكه، وهذا فى أم الولد ظاهر، وكذا المدبر إن كان يخرج من الثلث اتفاقا، وإن كان لا يخرج من الثلث؛ فكذلك عندهما.
وعند أبى حنيفة يصير كالمكاتب؛ لأنه يسعى فى قيمته ليعتق، ولا جعل فى رد المكاتب؛ لأن المولى لا يستفيد برده ملكًا، بل استفاد بدل الكتابة، فكان كرد غريم له، وبرد غريم لا يجب الجعل. (ف)

(١٢) حيث يجب الجعل برده بعد موته.

الراد أبا لمولى، أو ابنه، وهو فى عياله[(١)]، أو أحد الزوجين على الآخر، فلا جُعل؛ لأن هؤلاء يتبرعون بالرد عادةً، ولا يتناولهم إطلاق الكتاب[(٢)]. قال[(٣)]: وإن أبق من الذى رده، فلا شىء عليه؛ لأنه أمانة فى يده لكن هذا إذا أشهد، وقد ذكرناه فى اللقطة[(٤)]، قال[(٥)]: وذكر فى بعض النسخ[(٦)] أنه لا شىء له، وهو صحيح أيضًا؛ لأنه فى معنى البائع[(٧)] من المالك، ولهذا كان له[(٨)] أن يحبس الآبق حتى يستوفى الجعل بمنزلة البائع يحبس المبيع؛ لاستيفاء الثمن، وكذلك إذا مات فى يده، لا شىء عليه؛ لما قلنا. قال: ولو أعتقه المولى[(٩)] كما لقيه، صار قابضًا بالإعتاق[(١٠)]، كما فى عبد المشترى، وكذا[(١١)] إذا باعه من الراد لسلامة البدل[(١٢)] له، والرد[(١٣)] وإن كان له حكم البيع لكنه بيع من وجه، فلا يدخل

---

(١) قوله: "وهو فى عياله [الواو حالية]" هذا القيد إن رجع إلى الابن اقتضى أن يتقيد نفى الجعل بما إذا كان فى عياله، وليس كذلك، فإن الابن لا يستوجب الجعل، سواء كان فى عياله أو لا.
وجملة الحال أن الراد إن كان ولد المالك، أو أحد الزوجين على الآخر، أو الوصى لا يستحق الجعل مطلقًا، وأما الأب وغيرهم من الأقارب، فإن كانوا فى عيال المالك لا يجب، وإلا يجب. (ف)

(٢) أى مختصر القدورى.

(٣) أى القدورى.

(٤) من أن الأخذ عن هذا الوجه مأذون شرعًا. (ب)

(٥) أى المصنف.

(٦) أى نسخ القدورى.

(٧) قوله: "لأنه فى معنى البائع" لأنه زالت عامة المنافع بالإباق، وإنما يستفيدها المولى بالرد بمال يجب عليه، والبائع إذا هلك المبيع فى يده سقط الثمن، فكذا هذا. (ع)

(٨) أى للراد.

(٩) قوله: "ولو أعتقه المولى [أى قبل أن يقبضه صراحة]" إشارة إلى أنه لو دبره لا يكون قابضًا به؛ لأن الإعتاق إتلاف للمال، والتدبير ليس بإتلاف. (ب)

(١٠) أى فيجب الجعل. (ب)

(١١) أى يصير قابضًا.

(١٢) أى الثمن. (ب)

تحت النهي الوارد[١] عن بيع ما لم يقبض فجاز.

قال[٢]: وينبغي إذا أخذه أن يشهد أنه يأخذه ليرده، فالإشهاد[٣] حتم فيه[٤] عليه[٥] على قول أبي حنيفة ومحمد[٦] حتى لو ردّه من لم يشهد وقت الأخذ لا جُعل له عندهما؛ لأن ترك الإشهاد أمارةٌ أنه أخذه لنفسه، وصار كما إذا اشتراه من الآخذ[٧]، أو اتهبه[٨]، أو ورثه، فرده على مولاه لا جُعل له؛ لأنه رده لنفسه[٩] إلا إذا أشهد أنه اشتراه ليرده[١٠]، فيكون له الجُعل، وهو متبرع في أداء الثمن[١١]. فإن كان الآبق رهنا، فالجعل على المرتهن؛ لأنه أحيى ماليته بالرد، وهي حقه؛ إذ الاستيفاء منها، والجُعل بمقابلة إحياء المالية[١٢]، فيكون عليه، والرد في حياة الراهن، وبعده سواء[١٣]؛ لأن الرهن لا يبطل بالموت، وهذا[١٤] إذا كانت قيمته مثل الدين،

---

(١٣) قوله: "والرد إلخ" جواب سؤال يرد على قوله: لأنه في معنى البيع، وهو أن يقال: لما كان الرد في معنى البيع، كان المالك في حكم المشتري، فينبغي أن لا يجوز بيعه من الراد قبل القبض لورود النهي عنه. (ب)

(١) رواه النسائي في "سننه الكبرى" من حكيم بن حزام، كما ذكره الزيلعي في كتاب البيوع.

(٢) أي القدوري. (ب)

(٣) أي واجب.

(٤) أي الآبق.

(٥) أي على الأخذ.

(٦) قوله: "على قول أبي حنيفة ومحمد" وعند أبي يوسف والأئمة الثلاثة الإشهاد ليس بواجب. (بناية)

(٧) قوله: "وصار كما إذا اشتراه من الآخذ" إذارده على مولاه، فإنه لا جعل له، أو اتهبه أي قبل هبته، بأن وهب الآخذ لرجل، فرد الموهوب له على مولاه، أو ورثه أي ورث الآبق من الآخذ، فرده الوارث على مولاه، ففي هذه الصور كلها لا جعل له؛ لأنه لم يأخذه لرده، بل أخذه لنفسه. (بناية)

(٨) وكذا لو أوصى له. (ف)

(٩) فإنه بالشراء والاتهاب والوراثة قاصد لتملك نفسه.

(١٠) أي عند الشراء من الآخذ.

(١١) كما لو أنفق بغير إذن القاضي.

(١٢) قوله: "بمقابلة إحياء المالية" فيه نظر؛ لأنه يلزمه إذا رد أم الولد، وليس ثم إحياء المالية عند أبي حنيفة، وأجيب بأنه لا مالية فيها باعتبار الرقبة، ولها مالية باعتبار كسبها؛ لأنه أحق بكسبها. (ع)

(١٣) فيجب الجعل على المرتهن فيها.

أو أقَل منه، فإن كانت أكثر، فبقدر الدين عليه، والباقى على الراهن؛ لأن حقه بالقدر المضمون، فصار كثمن الدواء[١]، وتخليصه عن الجناية بالفداء[٢]. وإن كان مديونًا[٣]، فعلى المولى[٤] إن اختار قضاء الدين، وإن بيع بُدى بالجُعل، والباقى للغرماء؛ لأنه[٥] مؤنة الملك، والملكُ فيه كالموقوف[٦]، فيجب على من يستقر له[٧]. وإن كان جانيًا[٨]، فعلى المولى إن اختار الفداء لعود المنفعة[٩] إليه، وعلى الأولياء إن اختار[١٠] الدفعَ لعودها[١١] إليهم. وإن كان موهوبًا، فعلى الموهوب له وإن رجع الواهب[١٢] فى هبته بعد الردّ؛ لأن المنفعة للواهب ما حصلت بالرد، بل بترك الموهوب

---

(١٤) أى كون الجعل على المرتهن. (ف)

(١) قوله: "فصار كثمن الدواء" حيث يجب على المرتهن بقدر دينه، والباقى على الراهن. (ب)

(٢) قوله: "وتخليصه إلخ" فإن الفداء يجب على المرتهن بقدر دينه، والباقى على الراهن، فكذلك الجعل. (ب)

(٣) قوله: "وإن كان مديونًا" أى إن كان العبد الآبق مديونًا بأن كان مأذونًا، فلحقه فى التجارة دين، أو أتلف مال الغير، وأعرف به المولى. (ف)

(٤) الجعل.

(٥) الجعل.

(٦) قوله: "كالموقوف" يعنى بين أن يستقر على المولى متى اختار قضاء الدين وبين أن يصير للغرماء؛ إذا اختار البيع. (ب)

(٧) قوله: "فيجب على من يستقر له" لأنه مؤنة الملك، فإن اختار المولى قضاء الدين فالجعل عليه؛ لأن الملك استقر له، وإن اختار بيعه فى الدين، كان الجعل فى الثمن يبدأ به. (ف)

(٨) قوله: "وإن كان [أى الآبق] جانيًا" أى جنى خطأ، فلم يدفعه مولاه، ولم يفده حتى أبق. (ف)

(٩) أى منفعة الرد.

(١٠) أى المولى.

(١١) أى منفعة الرد.

(١٢) قوله: "وإن [الواو وصلية] رجع إلخ" إنما ذكره بـ"إن" الوصلية لدفع شبهة ترد على قوله سابقًا: فيجب على من يستقر الملك له، وعلى قوله: فعلى المولى إن اختار الفداء، فعلى كلا التقديرين كان ينبغى أن يجعل الجعل على المولى؛ لوجود هذين المعنيين فى حقه. وحاصل الدفع أن المنفعة للواهب ما حصلت برد الآبق، بل بترك الموهوب له التصرف فيه بعد الرد من الهبة والبيع وغيرهما الذى يمنع الواهب من الرجوع فى هبته.

فإن قيل: المنفعة حصلت بالمجموع، وهو ترك الموهوب له الفعل ورد الراد، أجيب بأن الأمر كذلك، لكن ترك الموهوب له الفعل آخرهما وجودًا، فيضاف الحكم إليه. (ع)

له التصرف فيه بعد الرد، وإن كان[١] لصبى، فالجُعل فى ماله؛ لأنه مؤنة ملكه، وإن رده وصيه[٢]، فلا جُعل له؛ لأنه هو الذى يتولّى الرد فيه[٣].

كتاب[٤] المفقود[٥]

إذا غاب الرجل، فلم يُعرف له موضع، ولا يُعلم أ حى هو أم ميت، نَصَبَ القاضى مَن يحفظ ماله، ويَقُوم عليه[٦] ويستوفى حقه؛ لأن القاضى نُصب ناظرا لكل عاجزٍ عن النظر لنفسه، والمفقودُ بهذه الصفة، وصار كالصبى والمجنون[٧]، وفى نصب الحافظ لماله، والقائم عليه نظرٌ له.

وقوله[٨]: يستوفى حقه لا خفاء أنه يقبض غلاته، والدين الذى أقر به غريم من غرماءه؛ لأنه من باب الحفظ، ويُخاصم[٩] فى دين وجب بعقده[١٠]؛ لأنه أصيلٌ فى حقوقه، ولا يخاصم فى الذى تولاه المفقود[١١]، ولا فى نصيب له فى عَقار، أو عروض فى يد رجل[١٢]؛ لأنه ليس بمالك، ولا نائب عنه[١٣]، إنما هو وكيلٌ بالقبض من جهة القاضى، وأنه لا يملك

(١) أى العبد الآبق.

(٢) وكذا اليتيم يعوله رجل. (ف)

(٣) فيلزم الرد على نفسه. (ب)

(٤) قوله: "كتاب المفقود" يقال: فقدت الشيء أى غاب عني فقداً وفقوداً وفقداناً، وهو من الأضداد يقال: فقدت الشيء أى طلبته وكلا المعنيين موجود فى المفقود، فإنه قد ضل عن أهله، والناس فى طلبه. (ب)

(٥) هو الغائب الذى لا يدرى حياته ولا موته.

(٦) أى على ماله. (ف)

(٧) قوله: "كالصبى والمجنون" فإن للقاضى أن يفعل فى حقهما ما ذكرنا؛ لما ذكرنا. (ف)

(٨) أى القدورى.

(٩) أى الذى نصب له.

(١٠) قوله: "بعقده" أى بعقد الذى نصبه القاضى ناظراً للمفقود. (ف)

(١١) قوله: "ولا يخاصم فى الذى تولاه المفقود" وفائدته أنه لا يقبل البينة عليه؛ لأنه ليس من باب النظر، وأنه قضاء على الغائب.

(١٢) أى على سبيل الوديعة، أو غير ذلك.

(١٣) أى عن المفقود.

الخصومة بلا خلاف[١] . إنما الخلاف فى الوكيل[٢] بالقبض من جهة المالك فى الدين ، وإذا كان[٣] كذلك يتضمن الحكم به قضاء على الغائب ، وأنه لا يجوز[٤] إلا إذا رآه القاضى ، وقضى به[٥] ؛ لأنه مجتهدٌ فيه[٦] ، ثم ما كان يُخاف عليه الفساد[٧] يبيعه القاضي ؛ لأنه تعذر عليه حفظ صورته ، فينظر له بحفظ المعنى[٨] . ولا يبيع ما لا يُخاف عليه الفساد فى نفقة[٩] ، ولا غيرها ؛ لأنه لا ولاية له على الغائب إلا فى حفظ ماله ، فلا يسوغ له[١٠] ترك حفظ الصورة ، وهو[١١] ممكن .

قال[١٢] : وينفق على زوجته ، وأولاده من ماله ، وليس هذا[١٣] الحكم مقصورا على الأولاد ، بل يعم جميع قرابة الولاد[١٤] .

---

(١) أى الوكيل بالقبض من القاضى.

(٢) قوله: "إنما الخلاف فى الوكيل [كما سيأتى فى كتاب الوكالة] إلخ" فإنه يملك الخصومة عند أبى حنيفة؛ لا عندهما. (ب)

(٣) أى الوكيل بالقبض من القاضى لا يملك الخصومة. (ع)

(٤) قوله: "وأنه لا يجوز" لأن القضاء لقطع الخصومة، والخصومة من الغائب غير متصورة. (عناية)

(٥) قوله: "وقضى به" أى بما رأى وإنما جاز لأنه لاقى فصلا مجتهداً فيه، فإن الشافعى يجوز القضاء على الغائب. (ب)

(٦) قوله: "لأنه مجتهد فيه" فإن قيل: ينبغى أن لا ينفذ قضاءه ما لم يمض قاض آخر؛ لأن نفس القضاء مجتهد فيه، كما لو كان القاضى محدوداً فى قذف، فإنه لا ينفذ قضاءه ما لم يمض قاض آخر.
أجيب بمنع أنه من ذلك بل المجتهد فيه سببه، وهو أن البينة هل تكون حجة للقضاء من غير خصم حاضر، أم لا، فإذا قضى بها نفذ كما لو قضى بشهادة المحدود فى قذف، وفى "الخلاصة": الفتوى على هذا. (ف)

(٧) مثل الثمار ونحوها. (ب)

(٨) أى بحسب المالية. (ك)

(٩) أى لأجل النفقة، ولا لغيرها. (ب)

(١٠) أى لا يجوز له.

(١١) الواو حالية.

(١٢) أى القدورى.

(١٣) كما يفهم من ظاهر المتن.

(١٤) قوه: "جميع قرابة الولاد" كالآباء والأجداد وإن علوا، والأولاد وإن سفلوا. (ب)

والأصل أن كل من يستحق النفقة فى ماله[١] حال حضرته بغير قضاء القاضى، يُنفق عليه من ماله عند غيبته؛ لأن القضاء حينئذ يكون إعانة[٢]، وكلٌّ من لا يستحقها فى حضرته إلا بالقضاء، لا ينفق[٣] عليه من ماله[٤] فى غيبته؛ لأن النفقة حينئذٍ تجب بالقضاء، والقضاء على الغائب ممتنع.

فمن الأول[٥]: الأولاد الصغار والإناث من الكبار[٦]، والزمنى من الذكور الكبار، ومن الثانى[٧]: الأخ والأخت والخال والخالة.

وقوله[٨]: من ماله مراده الدراهم والدنانير؛ لأن حقهم فى المطعوم والملبوس، فإذا لم يكن ذلك[٩] فى ماله يحتاج إلى القضاء بالقيمة، وهى النقدان. والتِبْرُ[١٠] بمنزلتهما[١١] فى هذا الحكم؛ لأنه يصلح قيمة كالمضروب، وهذا[١٢] إذا كانت فى يد القاضى، فإن كانت وديعةً، أو دينًا ينفق عليهم، منهما إذا كان المودَع والمديون مقرين بالدين والوديعة والنكاح

---

(١) أى المفقود.

(٢) قوله: "يكون إعانة" أى تمكينا للمستحق من الأخذ، ولهذا لو تمكنوا من ذلك، فلهم الأخذ، فيعينهم القاضى على ذلك؛ إذ اللزوم ثابت قبل القضاء. (ب)

(٣) أى القاضى.

(٤) أى المفقود.

(٥) وهم الذين يستحقون النفقة بغير قضاء.

(٦) قوله: "الأولاد الصغار والإناث من الكبار" أى إذا لم يكن لهم مال، وكذا الأب والجد، فكل من له مال، لا يستحق النفقة فى حال حضوره، فضلا عن حال غيبته إلا الزوجة، فإنها تستحق النفقة، وإن كانت غنية؛ لأن استحقاقها بالعقد والاحتباس، واستحقاق غيرها بالحاجة. (ف)

(٧) قوله: "ومن الثانى إلخ" إنما كان الأخ والأخت، وغيرهما من الثانى؛ لأنها نفقة ذى الرحم المحرم، وهو مجتهد فيه، فلا يجب إلا بالقضاء، أو الرضى، ولهذا لم يكن لهم الأخذ بدون القضاء، أو الرضاء. (ع)

(٨) أى القدورى.

(٩) أى المطعوم والملبوس.

(١٠) أى غير المضروب.

(١١) وفى نسخة: منزلتهما.

(١٢) قوله: "وهذا" أى الذى ذكرنا من إنفاق القاضى عليهم من الدراهم والدنانير. (عناية)

والنسب[١]، وهذا[٢] إذا لم يكونا[٣] ظاهرين عند القاضى.

فإن كانا ظاهرين، فلا حاجة إلى الإقرار[٤]، وإن كان أحدُهما ظاهرًا يشترط الإقرار بما ليس بظاهر، هذا هو الصحيح[٥]، فإن دفع[٦] المودَع بنفسه، أو من عليه الدين بغير أمر القاضى يضمن المودَع، ولا يبرأ المديون[٧]؛ لأنه ما أدى إلى صاحب الحق[٨]، ولا إلى نائبه.

بخلاف ما إذا دفع بأمر القاضى؛ لأن القاضى نائب عنه[٩]، وإن كان المودَع، والمديون جاحدين أصلا، أو كانا جاحدين الزوجيةَ والنسب لم ينتصب أحدٌ من مستحقى النفقة خصمًا فى ذلك؛ لأن ما يدعيه للغائب[١٠] لم يتعين سببًا لثبوت حقه، وهو النفقة؛ لأنها كما تجب فى هذا المال تجب فى مال آخر للمفقود.

قال[١١]: ولا يفرق بينه وبين امرأته، وقال مالك[١٢]: إذا مضى أربع

---

(١) بينه وبين من يستحق له النفقة.

(٢) أى الاحتياج إلى الإقرار. (ع)

(٣) قوله: "إذا لم يكونا" أى الدين والوديعة والنكاح والنسب جعل الدين والوديعة شيئًا واحدًا، والنكاح والنسب كذلك، فلذلك ذكرهما بلفظ التثنية. (ع)

(٤) أى إقرار المودع.

(٥) قوله: "هذا هو الصحيح" احتراز عن جواب القياس الذى قال به زفر: إنه لا ينفق منها عليهم بالإقرار؛ لأن إقرار المودع ليس بحجة على الغائب، وهو ليس بخصم منه. (ف)

(٦) بغير أمر القاضى. (ب)

(٧) بالدفع.

(٨) أى المفقود.

(٩) أى عن المفقود، فإن له ولاية عامة.

(١٠) قوله: "لأن ما يدعيه إلخ" قال شيخى العلامة: حاصله أن ما يدعيه الزوجة وأولاده أن هذا المال هو الدين، أو الوديعة مال الغائب لم يتعين لنفقتهم؛ لأنه كما تجرى النفقة فى الدين، والوديعة تجرى فى مال آخر أيضًا. (ب)

(١١) أى القدورى.

(١٢) قوله: "وقال مالك" ذكر ابن وهبان فى منظومته أنه لو أفتى بقول مالك فى موضع الضرورة يجوز، واعترضه شارحها ابن الشحنة بأنه لا ضرورة إلى ذلك. وقال الشارح فى "الدر المنتقى": هذا ليس بأولى لقول

سنين يفرِّق القاضِي بينه وبين امرأته، وتعتد عدة الوفاة، ثم تتزوج من شاءت؛ لأن عمر[١] هكذا قضى فى الذى استهواه الجنُّ[٢] بالمدينة، وكفى

القهستاني: لو أفتى به فى موضع الضرورة لا بأس به على ما أظن. قلت: ونظير هذه المسألة عدة ممتدة الطهر التى بلغت برؤية الدم ثلاثة أيام، وامتد طهرها، فإنها تبقى فى العدة إلى أن تحيض ثلاث حيض، وعند مالك تنقضى عدتها بتسعة أشهر، وقد قال فى "البزازية": هناك الفتوى فى زماننا على قول مالك. وقال الزاهدى: كان بعض أصحابنا يفتون به للضرورة، واعترضه فى "النهر" بأنه لا داعى إلى الإفتاء بمذهب الغير؛ لإمكان الترافع إلى حاكم مالكى، لكن قدمنا هناك أن الكلام عند تحقق الضرورة حيث لم يوجد حاكم مالكى. (رد المحتار)

(١) قوله: "لأن عمر إلخ" قال أبو بكر بن أبى الدنيا: حدثنى إسماعيل بن إسحاق، حدثنا خالد ابن الحارث، حدثنا سعيد بن أبى عروبة عن قتادة عن أبى نضرة عن عبد الرحمن ابن أبى ليلى: "أن رجلا من قومه خرج ليصلى مع قومه صلاة العشاء ففقد، فانطلقت امرأته إلى عمر بن الخطاب رضى الله عنه، فحدثته بذلك، فسأل عن ذلك قومها فصدقوها، فأمر أن تتربص أربع سنين فتربصت، ثم أتت عمر، فأخبرته بذلك، فسأل عن ذلك قومها فصدقوها، فأمرها أن تتزوج ، ثم إن زوجها الأول قدم، فارتقوا إلى عمر، فقال عمر: يغيب أحدكم الزمان الطويل لا يعلم أهله حياته، قال: كان لى عذر، فقال: وما عذرك، قال: خرجت أصلى مع قومى صلاة العشاء، فأصابتنى الجن، فكنت فيهم زمانًا طويلا، فغزاهم جن مؤمنون فقاتلوهم، فظهروا عليهم، فأصابوا لهم سبايا، فكنت فيمن أصابوا، فقالوا: ما دينك؟ فقلت: مسلم، قالوا: أنت على ديننا لا يحل لنا سبيك، فخيرونى بين المقام، وبين القفول، فاخترت القفول، فأقبلوا معى بالليل بشر يحدثونى، وبالنهار ريح أتبعها، قال: فما كان من طعامك؟ قال: كل ما يذكر اسم الله عليه، قال: فما كان شرابك؟ قال: الجدف ما لم يخمر من الشراب، قال: فخيره عمر بين المرأة وبين الصداق".

قال ابن أبى الدنيا أيضًا: وحدثنا أبو مسلم عبد الرحمن بن يونس، حدثنا سفيان عيينة عن عمرو بن دينار عن يحيى بن جعدة قال: "إن تشقت الجن رجلا على عهد عمر رضى الله عنه، فلم يدروا أحى هو أم ميت؟ فأتت امرأته عمر رضى الله عنه، فأمر لها أن تتربص أربع سنين، ثم أمر وليه أن يطلق، ثم أمرها أن تعتد وتتزوج، فإن جاء زوجها خير بينها وبين الصداق". (آكام المرجان فى أحكام الجان للقاضى أبى عبد الله بدر الدين الشبلى الحنفى تلميذ أبى الحجاج المزى والذهبى رحمهم الله تعالى.

قوله: "لأن عمررض هكذا قضى إلخ" قلت: رواه ابن أبى شيبة فى "مصنفه" عن يحيى بن جعدة: "أن رجلا أخذته الجن فى عهد عمر، فأتته امرأته، فأمرها أن تتربص أربع سنين، ثم أمر وليه بعد أربع سنين أن يطلقها، ثم أمرها أن تعتد، فإذا انقضت عدتها تزوجت، فإن جاء زوجها خير بين امرأته والصدق".

وروى عبد الرزاق عن الفقيد الذى فقد من طريق مجاهد، قال: "دخلت الشعب، فاستهوتنى الجن، فأتت امرأتى عمر، فأمرها أن تتربص أربع سنين من حين فقدت، ثم دعا وليه، فطلقها وأمرها أن تعتد أربعة أشهر وعشرًا، ثم جئت بعد ما زوجت، فخيرنى عمر".

وأخرجه الدارقطنى أيضًا، وفى الباب آثار أخرى، فروى مالك فى "الموطأ" عن عمر: "أيما امرأة فقدت زوجها، فلم تدرِ أين هو؟ تنتظر أربع سنين، ثم تعتد أربعة أشهر وعشرا، ثم تحل وتنكح إن بدا لها"، ورواه ابن أبى شيبة عنه، وعن عثمان أيضًا، وعن ابن عباس وابن عمر رضى الله عنهم مثله. (ت)

(٢) قوله: "فى الذى استهواه الجن" يقال: استهواه أى جره إلى المهاوى، وهى المساقط والمهالك. (ب)

قوله: "فى الذى استهواه إلخ" مالك عن يحيى بن سعيد بن المسيب أن عمر بن الخطاب قال: "أيما امرأة فقدت، فلم تدرِ أين هو؟ فإنها تنتظر أربع سنين، ثم تعتد أربعة أشهر وعشرا، ثم تحل للأزواج".

به إمامًا، ولأنه[1] مَنَع حقها بالغيبة، فيفرق القاضى بينهما بعد ما مضى مدةٌ اعتبارًا بالإيلاءِ والعنة[2]، وبعد هذا الاعتبار[3] أخذ المقدار منهما الأربع من الإيلاء والسنين من العنة عملاً بالشبهين.

ولنا قوله صلى الله عليه وآله وسلم[4] فى امرأة المفقود[5]: «إنها امرأته حتى يأتيها البيان»*، وقول على فيها[6]: هى امرأة ابتليت فلتصبر حتى يستبين موت، أو طلاق خرج بيانًا للبيان المذكور فى المرفوع[7]، ولأن النكاح عرف ثبوته، والغَيبة[8] لا توجب الفرقة، والموتُ فى حيز

وروى نحوه عن عثمان وعلى رضى الله عنهما، وقيل: وأجمع الصحابة عليه، ولم يعلم لهم مخالف فى عصرهم، وعليه جماعة من التابعين، قال مالك: وإن تزوجت بعد انقضاء عدتها، فدخل بها زوجها، أو لم يدخل بها، فلا سبيل لزوجها الأول إليها إذا جاء، أو ثبت أنه حى؛ لأن الحاكم أباح للمرأة الازدواج مع إمكان حياته، فلم يكشف الغيب أكثر مما كان يظن، قال: وذلك الأمر عندنا، فالعقد بمجرده يفيتها، ثم رجع مالك عن هذا قبل موته بعام، وقال: لا يفيتها على الأول إلا دخول الثانى غير عالم بحياته كذات الوليين، وأخذ به ابن القاسم وأشهب قال فى "الكافى": هو الأصح من طريق الأثر؛ لأنها مسألة قلدنا فيها عمر، وليست مسألة نظر. (شرح الموطأ لمحمد عبد الباقى الزرقانى المالكى)

(١) أى المفقود. (ب)

(٢) قوله: "اعتبارا بالإيلاء والعنة" الجامع بينهما منع الزوج حق المرأة، ودفع الضرر عنها، فإن العنين يفرق بينه وبين امرأته بعد مضى سنة لدفع الضرر عنها، وبين المولى وامرأته بعد أربعة أشهر لدفع الضرر، ولكن عذر المفقود أضهر من عذر المولى والعنين، فيعتبر فى حقه مدتان فى التربص، بأن يجعل السنون مكان الشهور، ويتربص بأربع سنين عملا بالشبهين. (عناية)

(٣) أى بالمولى والعنين.

(٤) قوله: "ولنا قوله صلى الله عليه وآله وسلم إلخ" الحاصل أن المسألة مختلفة فى ما بين الصحابة، فذهب عمر رضى الله عنه إلى ما تقدم، وذهب على رضى الله عنه إلى أنها امرأته حتى يأتيها البيان والشأن فى الترجيح، والحديث الضعيف يصلح مرجحًا، وروى عبد الرزاق عن ابن جريج قال: بلغنا أن ابن مسعود وافق عليًا على أن امرأة المفقود تنتظره أبدًا، وهذا مرجح آخر، وأخرج ابن أبى شيبة عن أبى قلابة وجابر بن زيد والشعبى والنخعى كلهم قالوا: ليس لها أن تتزوج حتى يستبين موته. (ف)

(٥) قلت: رواه الدارقطنى فى "سننه"، وهو حديث ضعيف.

* راجع نصب الراية ج٣ ص٤٧٣، والدراية ج٢، الحديث ٧٥٣ ص١٤٣. (نعيم)

(٦) قلت: رواه عبد الرزاق. (ت)

(٧) قوله: "خرج بيانًا إلخ" يعنى أن البيان فى قول رسول الله مجمل، وقول على خرج بيان ذلك المبهم. (ع)

(٨) كما فى غيبة غير المفقود.

الاحتمال، فلا يزال النكاح بالشك، وعمر رجع إلى قول علي[١]. ولا معتبر بالإيلاء[٢]؛ لأنه كان طلاقًا معجلا[٣]، فاعتبر في الشرع مؤجلا[٤]، فكان موجبًا للفرقة، ولا بالعنة؛ لأن الغيبة[٥] تعقب الأوبة[٦] والعنة، وقلّما تنحل بعد استمرارها سنة. قال[٧]: وإذا تم له مائة وعشرون سنة من يوم ولد حكمنا بموته، قال: وهذه رواية الحسن عن أبي حنيفة[٨]، وفي ظاهر المذهب يُقدر بموت الأقران[٩]، وفي المروي عن أبي يوسف:

(١) قوله: "وعمر رجع إلى قول علي" وهو ما ذكر عبد الرحمن بن أبي ليلى ثلاث قضيات رجع فيها عمر إلى قول علي: امرأة المفقود وامرأة أبي كنف، والمرأة التي تزوجت، وقولنا في الثلاث قول علي.

أما امرأة المفقود فقد عرفته، وأما امرأة أبي كنف، فكان أبو كنف طلقها وراجعها ولم يعلمها حتى غاب، ثم قدم فوجدها قد تزوجت، فأتى عمر رضي الله عنه فقص عليه القصة، فقال: إن لم يكن الثاني دخل بها، فأنت أحق بها، وإن كان دخل بها، فليس لك عليه سبيل؛ لدفع الضرر عن الثاني، ثم رجع عمر إلى قول علي: إن مراجعته إياها صحيح، وهي منكوحة، دخل بها الثاني، أو لا. وأما المرأة التي تزوجت في عدتها، فالمرأة ينعى إليها زوجها فتعتد، وكان من مذهبه أنه إذا أتى زوجها حيا، فهي مخيرة بين أن ترد عليه وبين المهر، ثم صح رجوعه إلى قول علي: إنه يفرق بينها وبين الثاني، ولها المهر عليه مما استحل من فرجها، وترد إلى الأول. (ف)

(٢) جواب عن قياس مالك. (عناية)

(٣) أي في الجاهلية.

(٤) قوله: "فاعتبر في الشرع مؤجلا" بخلاف المفقود، فإنه لم يظهر منه طلاق، لا مؤجلا ولا معجلا. (عناية)

(٥) قوله: "لأن الغيبة" تقريره أن العنة بعد ما استمرت سنة كانت طبيعة، والطبيعة لا تنحل، ففات حقها على التأبيد، فيفرق بينهما بعد سنة دفعا للضرر، بخلاف امرأة المفقود، فإن رجوعها مرجو قبل مضي أربع سنين وبعده. (عناية)

(٦) أي الرجوع.

(٧) أي القدوري.

(٨) قوله: "وهذه رواية الحسن عن أبي حنيفة" وجه هذه الرواية أن الأعمار قل ما تزيد على مائة وعشرين سنة، بل لا يسع أكثر من ذلك، فيقدر بها.

وأما ما قيل: إن هذا يرجع إلى قول أهل الطبائع، فإنهم يقولون: لا يجوز أن يعيش أحد أكثر من ذلك، وقولهم: باطل بالمنصوص كنوح على نبينا، وعليه الصلاة والسلام، فمما لا ينبغي أن يصغى إليه.

ويذكر توجيها لمذهب من مذاهب الفقهاء كيف وهم أعرف مما دلت عليه النصوص، والتواريخ بالأعمار السابقة للبشر، بل لا يحل لأحد أن يحكم على أئمة المسلمين أنهم اعتمدوا في قولهم على أمرهم يعترفون ببطلانه، ويوجبون عدم اختياره. (فتح القدير)

(٩) قوله: "بموت الأقران" فإن الأعمار تختلف طولا وقصرًا بحسب الأقطار بحسب أجزاءه تعالى

بمائة سنة[١]، وقدره بعضهم بتسعين[٢]، والأقيس[٣] أن لا يقدر بشيء، والأرفق أن يقدر بتسعين[٤]، وإذا حكم بموته اعتدت امرأته عدة الوفاة من ذلك الوقت[٥]. وقسم ماله بين ورثته الموجودين فى ذلك الوقت، كأنه مات فى ذلك الوقت[٦] معاينة، إذ الحكمى معتبر بالحقيقى[٧].

ومن مات[٨] قبل ذلك لم يرث منه؛ لأنه لم يحكم بموته فيها، فصار كما إذا كانت حياته معلومة، ولا يرث المفقود أحدا مات فى حال فقده؛ لأن بقاءه حيًا فى ذلك الوقت باستصحاب الحال[٩]، وهو لا يصلح حجة فى الاستحقاق. وكذلك[١٠] لو أوصى للمفقود، ومات الموصى ثم الأصل[١١] أنه لو كان مع المفقود وارث لا يُحجب به، ولكنه ينتقص حقه

العادة. (ف)

(١) لأن الظاهر أنه لا يعيش أكثر منه فى زماننا. (عناية)

(٢) لأنه متوسط ليس بغائب، ولا نادر. (عناية)

(٣) قوله: "والأقيس إلخ" الاختلاف ما جاء إلا من اختلاف الرأى فى أن الغالب هذا فى الطول، فلذا قال شمس الأئمة السرخسى: الأليق بطريق الفقه أن لا يقدر بشيء؛ لأن نصب المقادير بالرأى لا يكون، والأرفق بالناس أن يقدر بالتسعين، وعندى الأحسن سبعون؛ لقوله ﷺ: «أعمار أمتى ما بين الستين إلى السبعين»، فكانت المنتهى غالبًا. (فتح القدير)

(٤) وعليه الفتوى.

(٥) أى وقت الحكم بالموت. (ب)

(٦) أى وقت الحكم بالموت. (ب)

(٧) قوله: "معتبر بالحقيقى" فلو ثبت موته حقيقة تعتد امرأته، وقسم ماله بين ورثته، فكذلك فى الموت الحكمى. (ب)

(٨) أى من أقاربه وورثته.

(٩) قوله: "باستصحاب الحال" هو عبارة عن إبقاء ما كان على ما كان لعدم الدليل المزيل، وهو يصلح عندنا حجة للدفع، لا للاستحقاق، فلهذا اعتبر المفقود حيا فى مال غيره حتى لا يرث منه أحد، ولا يرث المفقود عن أحد، بل يوقف نصيبه من مال مورثه، فإن مضت المدة: أو علم موته يرد الموقوف لأجله إلى وارث مورثه الذى ورث من ماله. (ب)

(١٠) أى لا تصح الوصية بل توقف. (ع)

(١١) أى فى مال المفقود. (ب)

به، يعطى أقل النصيبين، ويوقف الباقي وإن كان معه وارث يحجب به، لا يعطى أصلا. بيانه: رجل مات عن ابنتين وابنٍ مفقود، وابن ابن، وبنت ابن، والمال في يد الأجنبي، وتصادقوا على فقد الابن[١]، وطلبت الابنتان الميراث تُعطيان النصفَ؛ لأنه متيقن به[٢]، ويوقف النصف الآخر، ولا يُعطى ولد الابن؛ لأنهم يُحجبون بالمفقود، ولو كان حيًا، فلا يستحقون الميراثَ بالشك.

ولا ينزع من يد الأجنبي[٣] إلا إذا ظهرت منه خيانة[٤]، ونظير هذا[٥] الحملُ فإنه توقف له ميراث ابنٍ واحد على ما عليه الفتوى[٦]، ولو كان معه وارث آخر إن كان لا يسقط بحال[٧]، ولا يتغير بالحمل يُعطى كل نصيبه، وإن كان ممن تسقط بالحمل[٨] لا يعطى، وإن كان[٩] ممن يتغير به يعطى

(١) قوله: "تصادقوا [أي الورثة والأجنبي. عناية] على فقد الابن إلخ" إنما قيد به؛ لأن الأجنبي الذي في يده المال إذا قال: قد مات المفقود قبل أبيه، فإنه يجبر على دفع الثلثين إلى البنتين؛ لأن إقرار ذي اليد في ما في يده معتبر، وقد أقر بأن ثلثي ما في يده لهما، فيجبر على تسليم ذلك إليهما. وقول أولاد الابن: أبونا مفقود لا يمنع إقرار ذي اليد؛ لأنهم لا يدعون لأنفسهم شيئًا بهذا القول، ويوقف الباقي على يد ذي اليد، هذا إذا أقر من في يده المال. أما لو جحد أن يكون المال في يده، فأقامت البنتان البينة أن أباهما مات، وترك هذا المال ميراثًا لهما، ولأخيهما المفقود، فإن كان حيا، فهو الوارث معهما، وإن كان ميتا، فولده الوارث معهما، فإنه يدفع إلى البنتين النصف، ويوقف الباقي على يد عدل. وإنما قيد بقوله: المال في يد أجنبي؛ لأنه إذا كان في يد البنتين والمسألة بحالها، فإن القاضي لا ينبغي أن يحول المال من موضعه، ولا يقف منه شيئًا للمفقود. (عناية)

(٢) قوله: "متيقن به" لأنا لو قدرنا المفقود ميتًا كان نصيبهما الثلثين، ولو قدرناه حيًا كان نصيبهما النصف، فالنصف متيقن، ويوقف النصف الآخر إلى أن يظهر حال المفقود. (ب)

(٣) أي النصف الموقوف. (ب)

(٤) قوله: "إلا إذا ظهرت إلخ" فلا يترك مال الغير في يد خائن، ويوضع على يد عدل إلى أن يظهر المستحق. (ب)

(٥) أي نظير المفقود، الحمل في توقف النصف. (ب)

(٦) قوله: "على ما عليه الفتوى" احترز به عن ما روى عن أبي حنيفة أنه يوقف له ميراث أربعة بنين؛ لما قال شريك: رأيت بالكوفة لأبي إسماعيل أربعة بنين من بطن واحد، وعن محمد ميراث ثلاثة بنين، وفي أخرى نصيب ابنين وهو رواية عن أبي يوسف. (ف)

(٧) كالابن والجد. (ب)

(٨) كابن الابن والأخ.

الأقل للتيقن به، كما فى المفقود، وقد شرحناه فى "كفاية المنتهى" بأتمّ من هذا.

كتاب الشركة[1]

الشركة جائزة؛ لأنه ﷺ بُعث، والناس يتعاملون بها، فقررهم عليه*، قال[2]: الشركة ضربان: شركة أملاك وشركة عقود، فشركة الأملاك العين يرثها رجلان ويشتريانها، فلا يجوز لأحدهما أن يتصرف فى نصيب الآخر إلا بإذنه، وكل واحد منهما فى نصيب صاحبه كالأجنبى.

وهذه الشركة[3] يتحقق فى غير المذكور[4] فى الكتاب[5] كما إذا اتهب رجلان عينًا، أو ملكاها بالاستيلاء، أو اختلط مالهما من غير صنع أحدهما[6]، أو بخلطهما خلطًا[7] يمنع التمييز رأسًا، أو إلا بحرج[8]،

---

(٩) قوله: "وإن كان إلخ" أى إن كان الوارث مما يتغير نصيبه بالحمل، ولكن لا تسقط كالأم والزوجة ونحوهما. (ب)

(١) قوله: "كتاب الشركة [بسكون الراء معروف. ف]" أورد الشركة عقيب المفقود لوجهين: كون مال أحدهما أمانة فى يد الآخر، كما أن مال المفقود أمانة فى يد الحاضر، وكون الاشتراك قد يتحقق فى مال المفقود، كما لو مات مورثه، وله وارث آخر، وهذه مناسبة خاصة، والأولى عامة فيهما، وفى الآبق واللقيط واللقطة وشرعيتها بالكتاب والسنة والمعقول، أما الكتاب فقوله تعالى: ﴿فهم شركاء فى الثلث﴾، وهذا خاص بشركة العين. وأما السنة فما فى سنن أبى داود وابن ماجة والحاكم عن السائب أنه قال: كان رسول الله ﷺ شريكى فى الجاهلية، وفى سنن أبى داود والحاكم عن أبى هريرة مرفوعًا قال الله: «أنا ثالث الشريكين ما لم يخن أحدهما صاحبه فإذا خان خرجت».
ولا شك أن كون الشركة مشروعة أظهر ثبوتًا من هذه الأحاديث؛ إذ التوارث والتعامل من لدن رسول الله ﷺ وهلم جرًا متصل لا يحتاج فيه إلى إثبات حديث بعينه، ولهذا لم يزد المصنف على ادعاء التقرير. (ف)

* راجع نصب الراية ج٣ ص٤٧٤، والدراية ج٢، الحديث ٧٥٤ ص١٤٤. (نعيم)

(٢) أى القدورى.

(٣) ظاهر عبارة القدورى القصر على الشراء والإرث، فذكر المصنف أنه ليس كذلك. (ف)

(٤) أى الإرث والشراء. (ب)

(٥) أى مختصر القدورى.

(٦) قوله: "من غير صنع أحدهما" كما إذا اشتق الكيسان، فاختلط مالاهما. (ب)

(٧) كخلط الحنطة بالحنطة.

ويجوز بيع أحدهما نصيبَه من شريكه فى جميع الصور، ومن غير شريكه بغير إذنه إلا فى صورة الخلط والاختلاط، فإنه لا يجوز إلا بإذنه، وقد بينا الفرق[1] فى "كفاية المنتهى".

والضرب الثانى[2]: شركة العقود وركنها الإيجاب والقبول، وهو أن يقول أحدهما: شاركتك فى كذا وكذا[3]، ويقول الآخر: قبلت، وشرطه أن يكون التصرف المعقود عليه عقد الشركة قابلا للوكالة[4]؛ ليكون ما يستفاد بالتصرف مشتركا بينهما، فيتحقق حكمه[5] المطلوب منه.

ثم هى أربعة أوجه: مفاوضة وعنان وشركة الصنائع، وشركة الوجوه، فأما شركة المفاوضة: فهى أن يشترك الرجلان، فيتساويان فى مالهما وتصرفهما ودينهما؛ لأنها شركة عامة فى جميع التجارات يفوض كل واحدٍ منهما أمر الشركة إلى صاحبه على الإطلاق[6]؛ إذ هى من المساواة، قال قائلهم[7]:

لا يصلح الناس[8] فوضى لا سراة لهم ولا سراة إذ جهالهم ساووا

(٨) كخلط الحنطة بالشعير.

(١) قوله: "وقد بينا الفرق فى كفاية المنتهى" الذى أشار إليه فى "الفوائد الظهيرية" هو أن الشركة إذا كانت بينهما من الابتداء بأن اشتريا حنطة، أو ورثاها كانت كل حبة مشتركة بينهما، فيبيع كل منهما نصيب نفسه شائعًا، ويجوز من الشريك والأجنبى. بخلاف ما إذا كانت بالخلط والاختلاط؛ لأن كل حبة مملوكة بجميع أجزاءها لأحدهما ليس للآخر فيهما شركة، فإذا باع من غير الشريك لا يقدر على تسليمه إلا مخلوطًا بنصيب الشريك، فيتوقف على إذنه، بخلاف إذنه من الشريك لوجود القدرة على التسليم والتسلم. (فتح القدير)

(٢) هذا لفظ القدورى.

(٣) من التجارات والبقاليات. (ف)

(٤) قوله: "قابلا للوكالة [لان الشركة يتضمن الوكالة. ب]" احتراز عن الشركة فى الاحتطاب والاحتشاش والاصطياد، فإن الملك فى هذه الصور يقع لمن باشر خاصة، لا على وجه الاشتراك. (عناية)

(٥) أى حكم عقد الشركة.

(٦) يعنى بغير قيد بشىء.

(٧) هو الأفوه والأودى.

(٨) قوله: "لا يصلح إلخ" بعد هذين البيتين

أى[1] متساوين، فلا بد من تحقيق المساواة ابتداء وانتهاء، وذلك فى المال. والمراد به[2] ما تصح الشركة فيه، ولا يعتبر التفاضل فيما لا يصح الشركة فيه، وكذا فى التصرف؛ لأنه لو ملك أحدهما[3] تصرفًا لا يملك الآخر لفات التساوى، وكذلك[4] فى الدين لما نبين إن شاء الله تعالى.

وهذه الشركة[5] جائزة عندنا استحسانًا، وفى القياس لا تجوز، وهو قول الشافعى، وقال مالك[6]: لا أعرف ما المفاوضة.

وجه القياس أنها تضمنت الوكالة بمجهول الجنس، والكفالة بمجهول، وكل ذلك[7] بانفراده فاسد[8]

إذا تـولى سـراة النـاس أمـرهم ... نما على ذاك أمر القوم وازدادوا

وقيل بعده:

تهدى الأمور بأهل الرأى ما صلحت ... فإن تـولت فبالجهـال ينقـادوا

ومعنى البيت: إذا كان الناس متساوين لا كبير لهم، ولا سيد يرجعون إليه، فيتحقق المنازعة والفساد، والسراة جمع سرى وهو السيد، وجعله صاحب المفصل اسم جمع له، والسرى فعيل جمع فعلة بالتحريك، وأصله سروة. (ف)

(١) فسر المصنف به غوضًا. (ب)

(٢) قوله: "والمراد به" أى المراد بالمال الذى يصح الشركة فيه كالدراهم والدنانير والفلوس أيضًا على قولهما: لا ما لا تصلح الشركة فيه كالعروض والعقار. (ب)

(٣) قوله: "لأنه لو ملك إلخ" حتى لو ملك أحدهما تصرفًا لا يملكه الآخر لفات التساوى، بأن كان أحدهما صبيًا، أو ذميًا، أو عبدًا، فلا تصح المفاوضة. (ب)

(٤) أى يشترط المساواة.

(٥) أى شركة المفاوضة. (ب)

(٦) قوله: "وقال مالك إلخ" فى "الكافى": هذا منه تناقض؛ لأنه إذا لم يعرفها كيف يحكم بفسادها، وهذا ليس بشيء؛ لأن العالم يقول مثل ذلك كناية عن الحكم بالفساد، والمعنى لا وجود للمفاوضة على الوجه الذى ذكرتموه، وما لا وجود له شرعًا، لا صحة له.

وحكى عن أصحاب مالك جواز المفاوضة، وهى أن يفوض كل إلى الآخر التصرف فى غيبته وحضوره غير أنه لا يشترط التساوى فى المال، وممن حكى عنه القول بجواز المفاوضة الشعبى وابن سيرين. (ف)

(٧) أى الوكالة بالمجهول، والكفالة بالمجهول. (ع)

(٨) قوله: "فاسد" ألا ترى أنه لو قال: وكلتك بالشراء، أو شراء الثوب لا تصح الوكالة، وكذا الكفالة بالمجهول لا تصح، وبالمعلوم تصح كما فى قوله: ما ذاب لك على فلان فعلى، فإن قيل: الوكالة العامة جائزة، كما إذا قال: وكلتك فى مالى اصنع ما شئت. أجيب بأن العموم ليس بمراد ههنا، فإنه لا يثبت الوكالة فى حق

وجه الاستحسان قوله ﷺ[1]: «فاوِضوا فإنه أعظم للبركة[2]»*، وكذا الناس[3] يعاملونها من غير نكير، وبه يترك القياس[4]، والجهالة متحملة تبعًا[5] كما في المضاربة. ولا تنعقد[6] إلا بلفظة المفاوضة؛ لبعد شرائطها عن علم العوام[7] حتى لو بينا[8] جميع ما يقتضيه يجوز؛ لأن المعتبر هو المعنى. قال[9]: فيجوز بين الحرين الكبيرين مسلمين، أو ذميين لتحقق التساوى، وإن كان أحدهما كتـ ـا، والآخر مجوسيًا يجوز أيضًا؛ لما قلنا[10]. ولا يجوز بين الحر والمملوك، ولا بين الصبى والبالغ؛ لانعدام المساواة؛ لأن الحر البالغ يملك التصرفَ، والكفالةَ، والمملوك لا يملك واحدا منهما إلا بإذن المولى[11]، والصبى لا يملك الكفالة، ولا يملك

شراء الطعام لأهله، فإذا لم يكن عاماً كان توكيلا بمجهول الجنس. (ب)

(١) قلت: غريب. (ت)

(٢) قوله: "فإنه أعظم للبركة" هذا الحديث لم يعرف في كتب الحديث أصلا، وكذا ما ذكره بعضهم من قوله صلى الله عليه وعلى آله وسلم: «فإذا فاوضتم فأحسنوا المفاوضة»، وإنما أخرج ابن ماجة فى التجارات عن صهيب مرفوعاً: «ثلاث فيهن البركة البيع إلى أجل والمفاوضة واختلاط البر الشعير للبيت لا للبيع»، وفى بعض نسخ ابن ماجة المعارضة بدل المفاوضة. ورواه إبراهيم فى "كتاب غريب الحديث": وضبط المعارضة بالعين والراء والضاد، وفسرها ببيع عرض بعرض مثله. (ف)

* راجع نصب الراية ج٣ ص٤٧٥، والدراية ج٢، الحديث ٧٥٥ ص١٤٤. (نعيم)

(٣) قوله: "وكذا الناس إلخ" لو منع ظهور التعامل بها على الشروط الذى ذكرتم لأمكن. (ف)

(٤) لأن التعامل كالإجماع. (ف)

(٥) قوله: "الجهالة متحملة تبعاً" أى لغيرها وهى المساواة، هذا جواب عن وجه القياس بأن ما لا يثبت مقصوداً جاز أن يثبت تبعاً كالمضاربة جازت بالإجماع، وإن اشتملت على التوكيل بشراء شيء مجهول، وكذا صحت شركة العنان مع أنها تضمنت ذلك. (ك)

(٦) أى شركة المفاوضة.

(٧) قوله: "لبعد شرائطها عن علم العوام" لأن أكثر الناس لا يعرفون جميع أحكامها. (ب)

(٨) أى المتفاوضان. (ب)

(٩) أى القدورى. (ب)

(١٠) أى كتحقق التساوى؛ إذ الكفر ملة واحدة. (ف)

(١١) قوله: "إلا بإذن المولى" فإن قيل: لما أذن المولى يثبت التساوى قلنا: لا، فإنه لا تصح كفالة بإذن المولى

التصرف إلا بإذن الولي.

قال[١]: ولا بين المسلم والكافر، وهذا قول أبي حنيفة ومحمد، وقال أبو يوسف: يجوز للتساوي بينهما في الوكالة والكفالة، ولا معتبر بزيادة تصرف يملكه أحدهما كالمفاوضة بين الشَفْعَوي[٢] والحنفي، فإنها جائزة ويتفاوتان في التصرف في متروك التسمية[٣] إلا أنه يكره[٤]؛ لأن الذمي لا يهتدي إلى الجائز من العقود. ولهما أنه لا تساوي في التصرف، فإن الذمي[٥] لو اشترى برأس المال خموراً، أو خنازيرَ صح، ولو اشتراها مسلم لا يصح. ولا يجوز بين العبدين، ولا بين الصبيين[٦]، ولا بين المكاتبين؛ لانعدام صحة الكفالة، وفي كل موضع[٧] لم تصح المفاوضة لفقد شرطها، ولا[٨] يشترط ذلك في العنان، كان عنانًا لاستجماع شرائط العَنَان؛ إذ هو[٩] قد يكون خاصًا[١٠]، وقد يكون عامًا.

قال[١١]: وتنعقد على الوكالة والكفالة[١٢]، أما الوكالة فلتحقق

إذا كان عليه دين. (ك)

(١) أي القدوري. (ب)

(٢) هذه النسبة من أغلاط العوام، والصحيح الشافعي، كذا قال العيني في "البناية".

(٣) أي عامداً، فإن الشافعي يعتقده حلالا دون الحنفي. (ب)

(٤) أي عقد الشركة بين المسلم والكافر. (ف)

(٥) قوله: "فإن الذمي إلخ" وأما الشافعي والحنفي: والمساواة بينهما ثابتة؛ لأن الدليل على كونه ليس مالا متقوماً قائم، وولاية الإلزام بالمحاجة ثابتة لاتحاد الملة. (ف)

(٦) وإن أذن لهما أبوهما. (ع)

(٧) قوله: "وفي كل موضع إلخ" ذلك كما لو عقد بالغ وصبي، أو حر وعبد، أو مكاتب، أو شرط عدم الكفالة تصير عنانًا، وإن عمما التصرف والمال، أو تساويا فيه؛ لأن العنان قد يكون عامًا، كما يكون خاصًا، بخلاف المفاوضة، فإنها تكون عامة. (ف)

(٨) الواو حالية. (ب)

(٩) أي شركة العنان. (ب)

(١٠) وفي نسخة: خالصًا.

(١١) أي القدوري. (ب)

المقصود، وهو الشركة في المال على ما بيناه[١]، وأما الكفالة لتحقق المساواة فيما هو من مواجب التجارات، وهو يتوجه المطالبة[٢] نحوهما جميعًا. قال[٣]: وما يشتريه كل واحد منهما تكون على الشركة إلا طعام أهله وكسوتهم[٤]، وكذا كسوته، وكذا الإدام؛ لأن مقتضى العقد المساواة، وكل واحد منهما قائم مقام صاحبه في التصرف، وكان شراء أحدهما كشراءهما إلا ما استثناه في الكتاب[٥]، وهو استحسان؛ لأنه مستثنى عن المفاوضة للضرورة[٦]، فإن الحاجة الراتبة[٧] معلومة الوقوع، ولا يمكن إيجابه على صاحبه، ولا الصرف من ماله، ولا بد من الشراء، فيختص به ضرورةً، والقياس أن يكون على الشركة؛ لما بيناه[٨].

وللبائع أن يأخذ[٩] بالثمن أيهما شاء المشترى بالأصالة، وصاحبَه بالكفالة، ويرجع الكفيل[١٠] على المشترى بحصته بما أدى؛ لأنه قضى دينا عليه من مالٍ مشترك بينهما.

قال: وما يلزم كل واحد منهما من الديون بدلا عما يصح فيه

---

(١٢) قوله: "وتنعقد إلخ" يعنى أن كل واحد من المشتركين يكون فيهما باشر وكيلا عن الآخر، وكفيلاعنه. (ب)

(١) قوله: "على ما بيناه" يريد به قوله: ليكون ما يستفاد به على الشركة. (ف)

(٢) بسبب ما هو من أفعالهما. (ب)

(٣) أى القدورى. (ب)

(٤) قوله: "الإطعام أهله وكسوتهم" فإنه يختص به، ومع ذلك يكون الآخر كفيلا عنه حتى كان للبائع الطعام والكسوة، ولعياله أن يطالب به الآخر. (ف)

(٥) أى مختصر القدورى. (ب)

(٦) قوله: "للضرورة" لأن كل واحد منهما حين تشارك تشارك، وصاحبه عالم بحاجته إلى ذلك، ومعلوم أن كل واحد منها لم يقصد بعقد المفاوضة أن تكون نفقته، ونفقة عياله على شريكه. (ب)

(٧) أى الدائمة. (ب)

(٨) من أن مقتضى العقد المساواة. (ف)

(٩) أى يطالب. (ب)

(١٠) يعنى من مال الشركة. (ب)

الاشتراك، فالآخر ضامن له تحقيقًا للمساواة[(١)]، فمما يصح فيه الاشتراك الشراء والبيع والاستئجار[(٢)]، ومن القسم الآخر الجناية[(٣)] والنكاحُ والخلعُ والصلح عن دم العمد، وعن النفقة.

قال[(٤)]: ولو كفل أحدهما[(٥)] بمالٍ عن أجنبي لزم صاحبه[(٦)] عند أبي حنيفة. وقالا: لا يلزمه؛ لأنه[(٧)] تبرع[(٨)]، ولهذا[(٩)] لا يصح من الصبي والعبد المأذون والمكاتب[(١٠)]، ولو صدر[(١١)] من المريض[(١٢)] يصح من الثلث، وصار كالإقراض[(١٣)] والكفالة بالنفس[(١٤)].

---

(١) التي يقتضيها عقد المفاوضة. (ب)

(٢) قوله: "الشراء والبيع والاستئجار" أما صورة البيع والشراء فظاهرة، لكن يجب في البيع الصحيح الثمن، وفي الفاسد القيمة، وصورة الاستئجار أن يستأجر أحد المتفاوضين أجيرا في تجارتهما، أو دابة، أو شيئًا من الأشياء، فللمؤجر أن يأخذ بالأجر أيهما شاء؛ لأن الإجارة من عقود التجارة، وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه فيما يلزمه من التجارة. (ب)

(٣) قوله: "الجناية إلخ" فلو ادعى رجل على أحد المتفاوضين جراحة خطأً لها أرش مقدر، واستحلفه فحلف، ثم أراد أن يستحلف شريكه ليس له ذلك، ولا خصومة له مع شريكه، وكذا المهر والخلع والصلح عن جناية العمد، والصلح عن النفقة، إذا دعاه على أحدهما، وحلفه ليس له أن يحلف الآخر؛ لأنها ليست من أمور التجارة. صورة الخلع ما إذا كانت المرأة فاوضت، ثم خالعت مع زوجها، فما لزم عليها من بدل الخلع، لا يلزم لشريكها، وكذلك لو أقرت ببدل الخلع. (ع)

(٤) أي محمد في "الجامع الصغير".

(٥) أي أحد المفاوضين.

(٦) قوله: "لزم صاحبه" قال الفقيه أبو الليث: هذا إذا كفل بإذنه، وإن كفل بغير إذنه ينبغي أن لا يجب عليه شيء في قولهم جميعًا، وفي "شرح الطحاوي": إن كانت الكفالة بالنفس لا يؤاخذ به إجماعًا. (ب)

(٧) أي عقد الكفالة.

(٨) وفي نسخة: متبرع.

(٩) أي لكون عقد الكفالة تبرّعًا. (ب)

(١٠) لأنهم ليسوا من أهل التبرّع. (ب)

(١١) قوله: "ولو صدر إلخ" إنما اقتصر على صدور عقد الكفالة من المريض؛ لأن المريض لو أقر بكفالة سابقة على المرض لزمته في كل المال إجماعًا؛ لأن الإقرار بها يلاقي حال بقاءها، وفي حال البقاء الكفالة معاوضة. (ف)

(١٢) أي في مرض الموت. (ف)

(١٣) قوله: "وصار كالإقراض" قال في "الإيضاح": في الإقراض اختلاف، فإنه لو أقرض أحدهما مالا،

ولأبى حنيفة أنه تبرع ابتداء ومعاوضة بقاء؛ لأنه يستوجب الضمان بما يؤدى[١] على المكفول عنه إذا كانت الكفالة بأمره[٢]، فبالنظر إلى البقاء[٣] تتضمنه المفاوضة، وبالنظر إلى الابتداء لم تصح ممن ذكره[٤]، وتصح من الثلث من المريض، بخلاف الكفالة بالنفس؛ لأنها تبرع[٥] ابتداء وانتهاء. وأما الإقراض فعن أبى حنيفة أنه يلزم صاحبه[٦]، ولو سلم[٧] فهو إعارة، فيكون لمثلها حكم عينها، لا حكم البدل حتى لا يصح فيه الأجل، فلا يتحقق معاوضة، ولو[٨] كانت الكفالة بغير أمره لم تلزم صاحبَه فى الصحيح[٩] لانعدام معنى المفاوضة، ومطلق الجواب فى "الكتاب"[١٠] محمول على المقيد، وضمان الغصب[١١] والاستهلاك بمنزلة

وأعطاه رجلا، وأخذ منه سفتجة جاز عليهما، ولا يضمن عند محمد، وفى قول أبى يوسف: لا يجوز. (ب)

(١٤) فإنه لا يؤاخذ بها الآخر.

(١) أى الكفيل.

(٢) أى المكفول عنه. (ب)

(٣) قوله: "فبالنظر إلى البقاء" يعنى وحاجتنا ههنا إلى البقاء؛ إذ المطالبة تتوجه بعد الكفالة، فلما لزم المال على الشريك الضامن لزم على الآخر، وهذا هو حالة البقاء، بخلاف الصبى وغيره؛ لأن كلامنا ثم فى الابتداء بأنه هل يلزمه أم لا، فاعتبرنا جهة التبرع فيه، ولم نعتبر ههنا. (عناية)

(٤) قوله: "ممن ذكره [وهو الصبى والعبد المأذون إلخ. عناية]" أى محمد فى "الجامع الصغير" فإن المسألة من مسائله، وأفرد الضمير بهذا الاعتبار، وإن كان معه أبو يوسف أيضاً. (ب)

(٥) إذ لا يستوجب الكفيل من المكفول شيئاً عنه. (ب)

(٦) رواه الحسن عنه.

(٧) قوله: "ولو سلم إلخ" جواب بطريق التسليم يعنى ولو سلمنا أن الإقراض لا يلزم صاحبه عنده، فهو إعارة، لا معاوضة بدليل جوازه؛ إذ لو كان معاوضة لكان فيه بيع النقد بالنسيئة فى الأموال الربوية، فإذا كان كذلك، فيكون لمثلها حكم عين ما أقرضه، لا حكم البدل كما فى الإعارة الحقيقية، ولذلك لا يصح فيه الأجل أى لا يلزم؛ لأن تأجيل الإقراض والعارية جائز، ولكنه لا يلزمه. (ب)

(٨) متصل بقوله: إذا كانت الكفالة بأمره. (ع)

(٩) قوله: "فى الصحيح" يشير إلى خلاف المشايخ، وما ذكره المصنف مختار أبى الليث، وحمل مطلق جواز "الجامع الصغير" عليه، وعامة المشايخ جوزوا على الإطلاق، ولم يتعرضوا للتفرقة بين كونها بأمره أولا. (ف)

(١٠) أى "الجامع الصغير".

(١١) قوله: "وضمان الغصب إلخ" لا وجه لتخصيص أبى حنيفة بالذكر، فإن فى ضمان الغصب

الكفالة عند أبي حنيفة؛ لأنه معاوضة انتهاء.

قال[١]: فإن ورث أحدهما مالا تصح فيه الشركة، أو وُهب له[٢]، ووصل إلى يده بطلت المفاوضة، وصارت عنانًا؛ لفوات المساواة فيما يصلح رأس المال؛ إذ هي شرط فيه[٣] ابتداء وبقاء، وهذا لأن الآخر لا يشاركه فيما أصابه؛ لانعدام السبب[٤] في حقه إلا أنها تنقلب عنانًا للإمكان، فإن المساواة ليس بشرط فيه[٥]، ولدوامه[٦] حكم الابتداء لكونه غير لازم. فإن ورث أحدهما عرضًا، فهو له، ولا تفسد المفاوضة، وكذا العقار[٧]؛ لأنه لا تصح فيه الشركة، فلا يشترط المساواة فيه.

فصل[٨]

ولا تنعقد الشركة[٩] إلا بالدراهم والدنانير والفُلوس النافقة[١٠]، وقال مالك: يجوز بالعروض والمكيل والموزون إذا كان الجنس واحدًا؛ لأنها[١١]

والاستهلاك محمد معه في أنه يلزم شريكه، وكذا ضمان المخالفة في الوديعة والإقرار.

(١) أي محمد في "الجامع الصغير".

(٢) وكذا إذا تصدق به عليه. (ف)

(٣) أي عقد المفاوضة.

(٤) أي سبب الشركة. (ب)

(٥) أي العنان.

(٦) قوله: "ولدوامه إلخ" أي ولدوام العنان حكم الابتداء لكونه عقدًا غير لازم، فإن أحد الشريكين إذا امتنع عن المضي على موجب العقد لا يجبر القاضي على ذلك، فصار كالوكالة المفردة، وصار كأنهما إنشاء الشركة في الحال، ولا مساواة بينهما، فيكون عنانًا. (ب)

(٧) قوله: "وكذا العقار" أي لا تفسد المفاوضة إذا ورث أحدهما عقارًا، ولا يكون في الشركة. (ب)

(٨) قوله: "فصل" لما ذكر اشتراط المساواة في رأس مال شركة المفاوضة احتاج إلى بيان ما يصح به، فقال: لا تنعقد الشركة اهـ، يعني لا تنعقد المفاوضة إذا ذكر فيها المال إلا بذلك، وإنما قلنا كذلك؛ لأنه ذكر في "المبسوط" أن المفاوضة والعنان يكون كل منهما في شركة الوجوه والتقبل. (ف)

(٩) قوله: "ولا تنعقد الشركة" المراد به شركة المفاوضة؛ لأنه شرع فيه بعد بيان المفاوضة، وكذا بدأ بعد هذا ببيان شركة العنان بقوله: أما شركة العنان إلخ. (نهاية)

(١٠) أي الرابحة وغير الرابحة من العروض.

(١١) أي شركة المفاوضة.

عقدت على رأس مالٍ معلوم، فأشبه النقود، بخلاف المضاربة[١]؛ لأن القياس يأباها لما فيها من ربح ما لم يضمن، فيقتصر على مورد الشرع.

ولنا أنه يؤدى[٢] إلى ربح ما لم يضمن؛ لأنه إذا باع كُل واحد منهما[٣] رأسَ ماله، وتفاضل[٤] الثمنان، فما يستحقه أحدهما من الزيادة فى مال صاحبه ربح ما لم يملك، وما لم يضمن. بخلاف الدراهم والدنانير؛ لأن ثمن ما يشتريه فى ذمته؛ إذ هى لا تتعين، فكان ربح ما ضمن، ولأن[٥] أولَ التصرف فى العروض البيعُ، وفى النقود الشراء، وبيع أحدهما ماله على أن يكون الآخر شريكا فى ثمنه لا يجوز[٦]، وشراء أحدهما شيئًا بماله على أن يكون المبيع بينه، و بين غيره جائز[٧]، وأما الفلوس النافقة فلأنها تروج رواج الأثمان، فأُلحقت بها.

---

(١) قوله: "بخلاف المضاربة اهـ" يعنى المضاربة مختصة بالدراهم والدنانير؛ لأن القياس يمنع جوازها لما فيها من ربح ما لم يضمن، فإن المال ليس مضمونًا بالمضاربة، بل هو أمانة فى يده، فكان ما حصل من الربح ربح ما لم يضمن، فلا يستحقه رب المال؛ لأنه لم يعمل، فلا يصح إلا ما ورد الشرع به، وهو الدراهم والدنانير، وأما فى الشركة فإن كل واحد من الشريكين يعمل فى ذلك المال، فيستوى فيه العروض والنقود. (ب)

(٢) قوله: "ولنا أنه [أى عقد الشركة بالعروض. ب] إلخ" بيانه أن الرجلين إذا عقدا الشركة فى العروض، ثم باع أحدهما رأس ماله بأضعاف قيمته، وباع الآخر بمثل قيمته، وصحت الشركة كانا شريكين فى الربح الذى حصل فى بيع أحدهما، فيأخذ الذى باع رأس ماله بمثل قيمته من مال صاحبه، فيكون ذلك ربح ما لم يضمن، بخلاف الدراهم والدنانير؛ لأن ما يشترى كل واحد منهما برأس المال لا يتعلق البيع به، بل يثبت وجوب الثمن فى الذمة؛ إذ الأثمان لا تتعين فيه، وحينئذٍ فكان الثمن، والربح الحاصل بينهما ضرورة، فكان الربح ربح ما ضمن. (عناية)

(٣) أى من الشريكين.

(٤) أى فضل أحدهما على الآخر. (عناية)

(٥) دليل آخر. (عناية)

(٦) قوله: "لا يجوز" لأن الشركة تقتضى الوكالة والتوكيل على الوجه الذى يتضمن الشركة لا يجوز فى العروض. (بناية للعينى رحمه الله تعالى)

(٧) قوله: "جائز" ومعنى هذا أن الوكيل بالبيع يكون أمينًا، فإذا شرط له جزء من الربح كان ربح ما لم يضمن، فلا يجوز، فأما الوكيل بالشراء: فهو ضامن للثمن فى ذمته، فإذا شرط له جزء من الربح كان ربح ما قد ضمن. (نهاية)

قالوا[١]: هذا قول محمد[٢]؛ لأنها ملحقة بالنقود عنده، حتى لا تتعين[٣] بالتعيين، ولا يجوز بيع اثنين بواحد بأعيانها[٤] على ما عرف.

أما عندأبي حنيفة وأبي يوسف لايجوزالشركة والمضاربة بهالأن ثمنيتها تتبدل ساعة[٥] فساعة، وتصير سِلْعًا[٦]. ويروى عن أبي يوسف مثل قول محمد، والأول أقيس[٧] وأظهر، وعن أبي حنيفة صحة المضاربة بها.

قال[٨]: لا يجوز الشركة بما سوى ذلك إلا أن يتعامل الناس بالتِبر[٩] والنقرة، فتصح الشركة بهما، هكذا ذكر في الكتاب[١٠].

وفي "الجامع الصغير": ولا تكون المفاوضة بمثاقيل ذهب أو فضة، ومراده[١١] التبر، فعلى هذه الرواية التبر سلعة تتعين بالتعيين، فلا تصلح رأس المال في المضاربات والشركات. وذكر في كتاب الصرف[١٢] أن النقرة

---

(١) أي المتأخرون. (ف)

(٢) قوله: "قول محمد" أي الذي ذكره القدوري من جواز الشركة بالفلوس. (بناية)

(٣) كالدراهم والدنانير.

(٤) قوله: "بأعيانها" قيد به لتظهر ثمرة الخلاف؛ لأنه لو باع فلسين بواحد من الفلوس نسيئة لا يجوز اتفاقا، فعندهما لوجود النسيئة في الجنس الواحد، وعند محمد لهذا، ولمعنى الثمنية، وأما إذا كانت بأعيانها، فعندهما يجوز، وعند محمد لا يجوز. (ك)

(٥) قوله: "تتبدل [فإنها باصطلاح الناس، لا بالخلقة. ف] ساعة" لا يخفى أن هذا إنما هو في الملاحظة، أما في الخارج فهي ثمن مستمر، ولهذا قال الإسبيجابي: الصحيح أن عقد الشركة على الفلوس يجوز عند الكل. (فتح القدير)

(٦) أي متاعا.

(٧) قوله: "والأول [يعني كون أبي يوسف مع أبي حنيفة. ع] أقيس" أي أشبه وأظهر؛ لأن أبا يوسف جوز بيع الفلسين بواحد إذا كانا عينين كأبي حنيفة، وجعل الفلوس كالعروض، فلما كان مذهبه في مسألة البيع، مذهب أبي حنيفة كان مذهبه في مسألة الشركة أيضًا كذلك؛ لأن العروض لا تصلح للشركة. (بناية)

(٨) أي القدوري. (ب)

(٩) قوله: "بالتبر" التبر غير المصنوع، النقرة القطعة المذابة. (ف)

(١٠) أي في "مختصر القدوري". (ب)

(١١) أي محمد. (ب)

(١٢) من "الجامع الصغير". (ب)

لا تتعين حتي لا ينفسخ العقد بهلاكه قبل التسليم، فعلى تلك الرواية تصلح رأس المال فيهما، وهذا[1] لما عرف أنهما خلقا ثمنين فى الأصل إلا أن الأول[2] أصح؛ لأنها وإن خُلقت للتجارة فى الأصل، لكن الثمنية تختص بالضرب المخصوص؛ لأن عند ذلك لا تصرف إلى شىء آخر ظاهرًا إلا[3] أن يجرى التعامل باستعمالهما ثمنًا، فينزل التعامل بمنزلة الضرب، فيكون ثمنًا، ويصلح رأس المال، ثم قوله[4]: ولا تجوز بما سوى ذلك، يتناول المكيل والموزون والعددى المتقارب. ولا خلاف فيه[5] بيننا قبل الخلط، ولكل واحد منهما[6] ربح متاعه، وعليه وضيعته[7]، وإن خلطا ثم اشتركا، فكذلك فى قولِ أبى يوسف، والشركةُ[8] شركة ملكٍ لا شركة عقد. وعند محمد تصح شركة العقد، وثمرة الاختلاف تظهر عند التساوى فى المالين[9]، واشتراط التفاضل فى الربح، فظاهر الرواية ما قاله أبو يوسف؛ لأنه[10] يتعين بالتعيين بعد الخلط، كما يتعين قبله.

ولمحمد أنها[11] ثمن من وجه حتى جاز البيع بها دينًا فى الذمة، ومبيع

---

(١) إشارة إلى أن النقرة لا تتعين. (ب)

(٢) أى رواية "الجامع الصغير". (عناية)

(٣) استثناء من قوله: أصح.

(٤) أى القدورى. (ب)

(٥) أى فى عدم جواز الشركة فيه بين أصحابنا.

(٦) أى من الشريكين.

(٧) قوله: "وعليه وضيعته [أى خسرانه]" الوضيعة خسارة التاجر يقال منه مبنيًا للمفعول وضع التاجر أى خسر. (ف)

(٨) كشركة سائر الأعيان.

(٩) فعند أبى يوسف: لا يصح، وعند محمد: يلزم. (ف)

(١٠) قوله: "لأنه" أى كل واحد من المكيل والموزون والعددى المتقارب يتعين بالخلط، كما يتعين قبله، وشرط جواز الشركة أن لا يكون رأس المال مما يتعين بالتعيين كى لا يلزم ربح ما لم يضمن. (ب)

(١١) أى المكيل والموزون والعددى المتقارب.

من حيث إنه يتعين بالتعيين، فعملنا بالشبهين[١] بالإضافة إلى الحالين[٢] بخلاف العروض؛ لأنها ليست ثمنًا بحال[٣]، ولو اختلفا جنسًا كالحنطة والشعير والزيت والسمن، فخلطا لا تنعقد الشركة بها بالاتفاق.

والفرق لمحمد[٤] أن المخلوط من جنس واحد من ذوات الأمثال[٥]، ومن جنسين من ذوات القيم[٦]، فتتمكن الجهالة[٧] كما في العروض، وإذا لم تصح الشركة، فحكم الخلط قد بيناه في كتاب القضاء[٨].

قال[٩]: وإذا أراد الشركة بالعروض[١٠] باع كل واحد منهما نصف ماله بنصف مال الآخر، ثم عقدا الشركة، قال[١١]: وهذه شركة ملكٍ[١٢]؛ لما

---

(١) أي شبه العرض والثمن.

(٢) قوله: "إلى الحالين" أي حالة الخلط، وقبله فأشبهتا بالعروض لا تجوز الشركة بها قبل الخلط، ولشبهها بالأثمان يجوز بعد الخلط. (بناية للعيني رحمه الله تعالى)

اللّهم اغفر لكاتبه ولمن سعى فيه ولوالديهم أجمعين، آمين يا رب العالمين

(٣) فلم تجز الشركة بعد الخلط أيضًا فيها. (ف)

(٤) قوله: "والفرق لمحمد" أي بين العقد بعد صحة الخلط في متفقي الجنس حيث يجوز، والمختلفين حيث لا يجوز. (ف)

(٥) قوله: "من ذوات الأمثال [حتى يضمن متلفه مثله. ف]" فيمكن تحصيل رأس مال كل واحد منهما وقت القسمة باعتبار المثل، فتزول الجهالة. (عناية)

(٦) حتى يضمن متلفه قيمته. (ك)

(٧) قوله: "فتتمكن الجهالة" لأنه لا يمكن أن يصل كل واحد منهما إلى عين حقه من رأس المال وقت القسمة. (ف)

(٨) قوله: "قد بيناه في كتاب القضاء" قال الإنزاري: فيه نظر؛ لأن صاحب "الهداية" لم يذكر هذا الحكم في كتاب القضاء، بل ذكره في كتاب الوديعة، وإنما ذكر حكم الخلط في كتاب القضاء في "شرح الجامع الصغير"، والله أعلم بصحة ما قال إلا أنه قبل أنه بينه في "كفاية المنتهى"، فله وجه إن صح ذلك. (ب)

(٩) أي القدوري.

(١٠) قوله: "وإذا أراد إلخ" لما كان جواز عقد الشركة منحصراً في الدراهم والدنانير والفلوس النافقة، وفي ذلك تضييق على الناس، ذكر الحيلة في تجويز العقد بالعروض، فقال: وإذا أراد الشركة إلخ، فإنه إذا باع كل منهما نصف ماله بنصف مال الآخر صار نصف كل واحد منهما مضمونًا على الآخر بالثمن، فكان الربح الحاصل ربح مال مضمون، فيكون العقد صحيحًا. (ع)

(١١) أي المصنف.

بينا أن العروض لا تصلح رأس مال الشركة.

وتأويله[١] إذا كان قيمة متاعهما على السواء، ولو كانت[٢] بينهما تفاوت يبيع صاحب الأقل بقدر ما تثبت به الشركة.

قال[٣]: وأما شركة العنان[٤] فتنعقد على الوكالة دون الكفالة، وهي أن يشترك اثنان في نوع بزّ[٥] أو طعام، أو يشتركان في عموم التجارات، ولا يذكران الكفالة، وانعقاده على الوكالة لتحقق مقصوده كما بيناه[٦].

ولا تنعقد على الكفالة لأن اللفظ مشتق[٧] من الإعراض يقال: عَنَّ له أي عرض، وهذا لا ينبئ عن الكفالة، وحكم التصرف لا يثبت، بخلاف مقتضى اللفظ[٨]. ويصح التفاضل في المال لحاجة إليه، وليس من قضية اللفظ المساواة[٩]، ويصح أن يتساويا في المال، ويتفاضلا في الربح، وقال زفر والشافعي: لا يجوز؛ لأن التفاضل فيه يؤدّي إلى ربح ما لم

---

(١٢) قوله: "وهذه شركة ملك" قال في "الكافي": هذا مشكل؛ لأن ذلك يحصل بمجرد البيع من دون حاجة إلى قوله: ثم عقدا الشركة إلا أن يقال: أراد بقوله: الشركة شركة ملك. وفيه بعد؛ لأن ظاهر كلام القدوري أنه شركة العقد، لا شركة الملك. وقال الكاكي: قال شيخي العلامة: عدم جواز الشركة في العروض مبنى على معنيين: أحدهما: ربح ما لم يضمن، وثانيهما: حرمان رأس ماله، فإذا باع أحدهما نصف عرضه بنصف عرض الآخر، ثم عقد الشركة، فقال القدوري: يجوز. واختاره شيخ الإسلام والمزني؛ لأن رأس المال صار معلومًا، وأما المصنف فاختار عدم الجواز، فقال: وهذه شركة ملك. (ب)

(١) أي ما ذكره القدوري ههنا. (ب)

(٢) قوله: "ولو كانت إلخ" صورته: ما إذا كانت قيمة عروض أحدهما أربع مائة درهم مثلا، وقيمة عرض الآخر مائة درهم يبيع صاحب الأقل أربعة أخماس عرضه بخمس عوض الآخر، فيصير المتاع أخماسًا، والربح على قدر رأس مالهما. (عناية)

(٣) أي القدوري. (ب)

(٤) العنان بكسر العين والفتح. (در مختار)

(٥) بفتح الباء الموحدة وتشديد الزاء المعجمة متاع البيت من الثياب.

(٦) أي في ما مضى في أول الكتاب من قوله: وشرطه أن يكون التصرف إلخ. (ب)

(٧) قوله: "مشتق" أي من حيث المعنى، لا من جهة اللفظ، وقيل: هو مأخوذ من عنان الفرس. (ب)

(٨) ولفظ العنان لا يقتضيه.

(٩) بخلاف لفظ المفاوضة، فإنه يقتضيها.

يضمن[١]، فإن المال إذا كان نصفين، والربح أثلاثا، فصاحب الزيادة يستحقها بلا ضمان؛ إذ الضمان بقدر رأس المال[٢]، ولأن الشركة عندهما[٣] فى الربح لشركةٍ فى الأصل، ولهذا يشترطان الخلط[٤]، فصار ربح المال بمنزلة نماء الأعيان، فيستحق بقدر الملك فى الأصل.

ولنا قوله ﷺ[٥]: «الربح[٦] على ما شرطا والوضيعة على قدر المالين»، ولم يفصّل[٧]؛ لأن الربح كما يستحق بالمال يستحق بالعمل، كما فى المضاربة[٨]، وقد يكون أحدهما[٩] أحذَقَ وأهدى، أو أكثر عملا وأقوى، فلا يرضى[١٠] بالمساواة، فمست الحاجة إلى التفاضل.

بخلاف اشتراط جميع الربح لأحدهما[١١]؛ لأنه يَخرُج العقد به من

---

(١) وهو لا يجوز كما مر.

(٢) ولهذا يصح شرط الوضيعة على هذا الوجه. (ب)

(٣) أى عند الشافعى وزفر. (ب)

(٤) حتى لو لم يختلطا لم يثبت الشركة. (ب)

(٥) قوله: "ولنا قوله إلخ" قلت: هذا غريب جدا ليس له أصل، ويروى فى كتب الأصحاب عن على رضى الله عنه. (ت)

(٦) قوله: "الربح" الفرق بين الربح والوضيعة أن الربح يجوز استحقاقه بالعمل بدون المال، كما فى المضاربة، فبالعمل بالمال أولى. وأما الوضيعة، فهلاك جزء من المال، وكل واحد منهما أمين فى ما فى يده من مال صاحبه، واشتراط الضمان على الأمين باطل، ألا ترى أنه لا يجوز اشتراط الوضيعة على المضارب. (كفاية)

(٧) أى بين التساوى والتفاضل. (ب)

(٨) قوله: "كما فى المضاربة" إن قيل: فى المضاربة لو شرط العمل على رب المال يفسد العقود، وههنا لا ينسد، فكيف جواز إلحاقها بالمضاربة.

قلنا: المضاربة أمانة، وتمام الأمانة موقوف على التخلية، فإذا شرط على رب المال تفوت التخلية، أما ههنا فكل واحد كالأجير فى مال الآخر، فشرطه على رب المال لا يبطل العقد. (ب)

(٩) أى أحد الشريكين.

(١٠) بالنسبة إلى صاحبه.

(١١) قوله: "بخلاف إلخ" جواب عما يقال: إذا شرط جميع الربح لأحدهما لا يجوز، فكذا إذا شرط الفضل، ووجه الجواب أن شرط جميع الربح يخرج العقد من الشركة، والمضاربة إلى قرض، أو بضاعة، فإنه إن شرط الجميع للعامل، صار قرضا، وإن شرط لرب المال، صار بضاعة، وهذا العقد لا يجوز أن يخرج

الشركة، ومن المضاربة أيضًا إلى قرضٍ باشتراطه للعامل، أو إلى بضاعةٍ باشتراطه لرب المال، وهذا العقد[١] يشبه المضاربةَ من حيث إنه يعمل فى مال الشريك، ويشبه الشركة[٢] اسمًا وعملا، فإنهما يعملان فعملنا بشبه المضاربة، وقلنا: يصح اشتراط الربح من غير ضمان[٣]، وبشبهِ الشركة حتى لا يبطل باشتراط العمل عليهما.

قال[٤]: ويجوز أن يعقدها كل واحد منهما ببعض ماله دون البعض[٥]؛ لأن المساواة فى المال ليس بشرط فيه؛ إذ اللفظ[٦] لا يقتضيه، ولا يصح إلا بما بينا[٧] أن المفاوضة تصح به للوجه الذى ذكرناه.

ويجوز[٨] أن يشتركا، ومن جهة أحدهما دنانير، ومن الآخر دراهم، وكذا من أحدهما دراهم بيض، ومن الآخر سود. وقال زفر والشافعى: لا يجوز، وهذا[٩] بناء على اشتراط الخلط وعدمه، فإن عندهما شرط، ولا يتحقق ذلك فى مختلفى الجنس، وسنبينه[١٠] من بعد، إن شاء الله تعالى.

إليهما. (عناية)

(١) قوله: "وهذا العقد إلخ" جواب لقول زفر والشافعى: إن التفاضل فى الربح مع التساوى فى المال يؤدى إلى ربح ما لم يضمن بطريق التسليم. (ب)

(٢) قوله: "ويشبه الشركة" أى شركة المفاوضة من حيث الاسم؛ لأن كل واحد من العنان، والمفاوضة يسمى شركة، ومن حيث العمل، فإنهما يعملان فى نصيب صاحبه. (ب)

(٣) قوله: "من غير ضمان" فإن اشتراط زيادة الربح موجودة فى المضاربة، وهو جائز بالإجماع. (ع)

(٤) أى القدورى فى "مختصره". (ب)

(٥) قوله: "دون البعض" بأن يكون مال آخر مما يجوز عليه الشركة سوى المال الذى اشتركا فيه. (ب)

(٦) أى لفظ العنان.

(٧) قوله: "إلا بما بينا أن المفاوضة تصح به" أى عند قوله: ولا ينعقد الشركة إلا بالدراهم والدنانير والفلوس النافقة، ولا يصح بالعروض للوجه الذى ذكرناه يعنى ما ذكره فى أول هذا الفصل أنه يؤدى إلى ربح ما لم يضمن. (ب)

(٨) هذا لفظ القدورى. (ب)

(٩) أى هذا الاختلاف.

(١٠) عند قوله: ويجوز الشركة وإن لم يخلط. (ب)

قال[١]: وما اشتراه كل واحد منهما الشركة طولب بثمنه دون الآخر؛ لما بينا أنه[٢] يتضمن الوكالة دون الكفالة، والوكيل هو الأصل[٣] في الحقوق. قال[٤]: ثم يرجع على شريكه بحصته منه، معناه إذا أدى من مال نفسه؛ لأنه وكيل من جهته في حصته، فإذا نقد من مال نفسه رجع عليه، فإن كان لا يُعرف[٥] ذلك إلا بقوله[٦] فعليه الحجة[٧]؛ لأنه يدعى وجوب المال في ذمة الآخر، وهو ينكر، والقول للمنكر مع يمينه.

قال[٨]: وإذا هلك مال الشركة، أو أحد المالين قبل أن يشتريا شيئًا، بطلت الشركة[٩]؛ لأن المعقود عليه في عقد الشركة المال، فإنه يتعين فيه[١٠]، كما في الهبة والوصية، وبهلاك المعقود عليه، يبطل العقد، كما في البيع[١١]، بخلاف المضاربة والوكالة المفردة[١٢]؛ لأنه[١٣] لا يتعين الثمنان فيهما[١٤] بالتعيين، وإنما يتعينان بالقبض على ما عرف[١٥].

---

(١) أي القدوري. (ب)

(٢) أي عقد العنان.

(٣) أي هو المطالب في الحقوق.

(٤) أي القدوري. (ب)

(٥) قوله: "لا يعرف" بأن قال: اشتريت عبداً، ونقدت الثمن من مالي، ومات العبد، فهذا لا يعرف إلا بقوله. (ك)

(٦) فإن عجز عن ذلك، فالقول لصاحبه. (م)

(٧) أي إقامة البينة. (ب)

(٨) أي القدوري. (ب)

(٩) قوله: "بطلت الشركة" وكذا إذا هلك مال أحدهما قبل الخلط، فأما بعد الخلط حيث يهلك منهما لعدم التمييز. (ف)

(١٠) أي في عقد الشركة، وإن كان لا يتعين في سائر المعاوضات. (ب)

(١١) أي كما يبطل في البيع؛ لأن ركنه هو المال. (ب)

(١٢) قوله: "والوكالة المفردة" احترز به عن الوكالة الثابتة في ضمن عقد الشركة، وفي ضمن عقد الرهن؛ لأن المعقود يتعين فيهما. (ب)

(١٣) الشأن.

(١٤) أي المضاربة والوكالة المفردة. (ب)

وهذا ظاهر [١] فيما إذا هلك المالان، وكذا إذا هلك أحدهما [٢]؛ لأنه ما رضى بشركة صاحبه فى ماله إلا ليشركه فى ماله، فإذا فات ذلك لم يكن راضيًا بشركته، فيبطل العقد؛ لعدم فائدته، وأيهما [٣] هلك من مال صاحبه إن هلك فى يده فظاهر. وكذا إذا كان [٤] هلك فى يد الآخر؛ لأنه أمانة فى يده [٥]، بخلاف ما بعد الخلط حيث يهلك على الشركة؛ لأنه لا يتميز [٦]، فيجعل الهلاك من المالين.

وإن اشترى أحدهما بماله، وهلك مال الآخر قبل الشراء، فالمشترى [٧] بينهما على ما شرطا؛ لأن الملكَ حين وقع، وقع مشتركًا بينهما لقيام الشركة وقت الشراء [٨]، فلا يتغير الحكم بهلاك مال الآخر بعد ذلك، ثم الشركة [٩] شركة عقد عند محمد، خلافًا للحسن بن زياد [١٠] حتى إن أيهما باع جاز بيعه [١١]؛ لأن الشركة قد تمت فى المشترى، فلا ينتقض بهلاك المال

---

(١٥) قوله: "على ما عرف" حتى لو اشترى الوكيل بمثل ذلك المال فى ذمته، كان مشتريًا لموكله، ولو هلك المال بعد الشراء، يرجع عليه بمثله، أما لو هلك قبل الشراء، فإنما يبطل العقد؛ لأن الموكل لم يرضَ بكون الثمن دينا فى ذمته. (ف)

(١) أى بطلان الشركة. (ب)

(٢) أى الشريك الذى لم يهلك ماله. (ف)

(٣) أى المالين.

(٤) أى الهلاك.

(٥) ولا ضمان على الأمين. (ب)

(٦) فإنه إذا خلط لم يتميز مال أحدهما عن الآخر.

(٧) بصيغة اسم المفعول.

(٨) لأن الهلاك لم يقع قبله. (ف)

(٩) الواقعة فى هذا المشترى بعد هلاك المال. (ب)

(١٠) قوله: "خلافًا للحسن بن زياد" فإنها شركة ملك عنده حتى لا ينفذ بيع أحدهما إلا فى نصيبه، ووجهه أن شركة العقد بطلت بهلاك المال، فصار كما لو هلك قبل الشراء، ولم يبقَ إلا حكم الشراء، فيلزم انفراد الملك لعدم ما يوجب زيادة عليه. (ف)

(١١) عند محمد. (ب)

بعد تمامها[١] .

قال[٢] : ويرجع على شريكه بحصةٍ من ثمنه[٣] ؛ لأنه اشترى نصفه بوكالته، ونَقَد الثمن من مال نفسه، وقد بيناه[٤] هذا إذا اشترى أحدُهما بأحد المالين أولا، ثم هلك مال الآخر، أما إذا هلك مال أحدهما[٥] ، ثم اشترى الآخر بمال الآخر إن صرحا بالوكالة فى عقد الشركة، فالمشترى مشترك بينهما على ما شرطا ؛ لأن الشركة إن بطلت، فالوكالة المصرح بها قائمة[٦] ، فكان مشتركًا بحكم الوكالة، ويكون شركةَ ملكٍ[٧] ، ويرجع على شريكه[٨] بحصته من الثمن لما بيناه[٩] . وإن ذكرا مجرد الشركة، ولم ينصا على الوكالة فيهَا، كان المشترى للذى اشتراه خاصة ؛ لأن الوقوع على الشركة حكم الوكالة التى تضمنتها الشركة، فإذا بطلت يبطل ما فى ضمنها[١٠] ، بخلاف ما إذا صرح بالوكالة ؛ لأنها مقصودة.

قال[١١] : ويجوز الشركة، وإن لم يخلطا المال[١٢] ، وقال زفر والشافعى : لا يجوز ؛ لأن الربح فرع المال، ولا يقع الفرع على الشركة إلا

---

(١) كما لو كان الشراء بمالين. (ف)

(٢) أى القدورى. (ب)

(٣) قوله: "بحصة من ثمنه" لأنه اشترى نصفه وهو حصة الشريك لوكالته، ونقد الثمن من مال نفسه، والوكيل إذا قضى الثمن من مال نفسه، يرجع على الموكل. (ب)

(٤) أى عند قوله: إذا أدى من مال نفسه. (ب)

(٥) أى قبل شراء الآخر.

(٦) لكونها مقصودة. (ك)

(٧) قوله: "ويكون شركة ملك" حتى لا يملك أحدهما أن يتصرف فى نصيب الآخر. (ك)

(٨) لأنه اشترى بعضه بحكم الوكالة. (ك)

(٩) إشارة إلى قوله: لأنه وكيل من جهته. (ب)

(١٠) إذ لا بقاء لما يثبت ضمنًا بعد فوات المتضمن. (ك)

(١١) أى القدورى. (ب)

(١٢) وبه قال أحمد ومالك: إلا أن مالكا شرط أن يكون فى أيديهما. (ب)

بعد الشركة فى الأصل، وإنه بالخلط [١]، وهذا [٢] لأن المحل هو المال، ولهذا يُضاف إليه [٣]، ويشترط تعيين رأس المال [٤]، بخلاف المضاربة [٥]؛ لأنها ليست بشركة، وإنما هو [٦] يعمل لرب المال، فيستحق الربح عمالة [٧] على عمله، أما هنا بخلافه، وهذا [٨] أصل كبير لهما حتى يعتبر اتحاد الجنس [٩]، ويشترط الخلط [١٠]. ولا يجوز التفاضل فى الربح [١١] مع التساوى فى المال، ولا تجوز شركة التقبل والإعمال [١٢] لانعدام المال. ولنا أن الشركة فى الربح [١٣] مستندة إلى العقد دون المال؛ لأن العقد [١٤] يسمى

---

(١) قوله: "وإنه بالخلط" أى أن الشركة بتأويل الاشتراك فى الأصل بمعنى الخلط لما سلف من أن معناها الخلط، أو الاختلاط. (ف)

(٢) أى كون الربح فرع المال. (ب)

(٣) فيقال: عقد شركة المال. (ب)

(٤) قوله: "ويشترط تعيين رأس المال" وما اشترط التعيين إلا لتكون الشركة فى الثمن مستندة إلى المال. (ع)

(٥) فإنها تصح بدون الخلط. (ع)

(٦) أى المضارب.

(٧) أجرة. (ب)

(٨) أى كون الربح فرع المال أصل كبير لزفر والشافعى. (ف)

(٩) قوله: "حتى يعتبر إلخ" يعنى بناء على أصلهما ذلك، فإنه إذا كان رأس مال أحدهما دراهم، والآخر دنانير تنعقد الشركة بينهما عندنا، خلافاً لزفر والشافعى، وكذلك إن كان رأس مال أحدهما بيضاً، والآخر سوداً. (عناية)

(١٠) أى عند زفر والشافعى.

(١١) أى على أصلهما.

(١٢) أى عند زفر والشافعى.

(١٣) قوله: "ولنا أن الشركة إلخ" حاصله أن الربح المستحق شرعاً لكل من الشريكين فى مال الآخر ليس مضافاً، إلا إلى العقد الشرعى الذى حل به تصرفه فى مال غيره، لا إلى نفس المال، ولا إلى التصرف فيه؛ لأن إضافة الربح إلى التصرف فى المال معناها أنه اكتسب عن التصرف فيه، وليس هذا بمفيد لنا؛ إذ هو معلوم، وإنما حاجتنا إلى ثبوت حلّ الربح لكل منهما، ولا شك أن حله يضاف إلى العقد الشرعى.
فإن قيل: فعلى هذا ينبغى أن لا تبطل بهلاك المال قبل الشراء لوجود المال وقت العقد، قلنا: إنما بطلت لمعارض آخر هو أن هلاك المحل قبل حصول المقصود بالعقد منه يبطله، كما فى البيع. (ف)

(١٤) لا المال.

شركة، فلا بد من تحقق معنى هذا الاسم[١] فيه، فلم يكن الخلط[٢] شرطًا، ولأن[٣] الدراهم والدنانير لا يتعينان[٤]، فلا يستفاد الربح برأس المال. وإنما يستفاد بالتصرف؛ لأنه في النصف أصيل، وفي النصف وكيل، وإذا تحققت الشركة في التصرف بدون الخلط تحققت في المستفاد به[٥]، وهو الربح بدونه[٦]، وصار كالمضاربة[٧]، فلا يشترط[٨] اتحاد الجنس والتساوي في الربح، وتصح شركة التقبّل.

قال[٩]: ولا تجوز الشركة إذا شرط لأحدهما دراهم مسماة من الربح؛ لأنه شرطٌ يوجب انقطاع الشركة، فعساه لا يخرج إلا قدر المسمى لأحدهما، ونظيره في المزارعة[١٠]. قال[١١]: ولكل واحد من المفاوضين[١٢]، وشريكي العنان أن يبضع المال[١٣]؛ لأنه[١٤] معتاد في عقد الشركة، ولأن له أن يستأجر على العمل[١٥]، والتحصيل[١٦] بغير عوض[١٧] دونه[١٨] فيملكه،

---

(١) أي اسم الشركة.

(٢) ولا اتحاد الجنس، ولا تساوي الربح.

(٣) هذا كالشرح للدليل الأول. [عناية]

(٤) في العقود.

(٥) أي بالتصرف. (ك)

(٦) أي بدون خلط رأس المال. (ك)

(٧) فإنه ليس هناك خلط المالين، والربح مشترك بسبب العقد. (ع)

(٨) عندنا كما شرط الشافعي.

(٩) أي القدوري. (ب)

(١٠) قوله: "ونظيره في المزارعة" يعني إذا شرطا لأحدهما قفزانا مسماة بطلت؛ لأنه عسى أن لا يخرج الأرض غيرها. (ف)

(١١) أي القدوري. (ب)

(١٢) قوله: "ولكل واحد إلخ" هذا بيان ما يجوز للشريك شركة مفاوضة، أو عنان أن يفعل، وأن لا يفعل. (ع)

(١٣) قوله: "أن يبضع المال" من الإبضاع يقال: أبضعت المال إذا دفعت له مالا يعمل فيه. (ب)

(١٤) أي الإبضاع.

(١٥) وهو عقد بعوض.

وكذا له أن يودعه لأنه معتاد، ولا يجد التاجر منه بدا[1]، قال[2]: ويدفعه مضاربة؛ لأنها دون الشركة[3] فيتضمنها. وعن أبى حنيفة أنه ليس له ذلك؛ لأنه نوع شركة[4]، والأصح هو الأول[5]، وهو رواية "الأصل"[6]؛ لأن الشركة غير مقصود، وإنما المقصود تحصيل الربح[7]، كما إذا استأجر[8] بأجر، بل أولى؛ لأنه تحصيل بدون ضمان فى ذمته[9]، بخلاف الشركة حيث لا يملكها؛ لأن الشىء لا يستتبع مثله[10]. قال[11]: ويوكل من يتصرف فيه؛ لأن التوكيل بالبيع والشراء من توابع التجارة، والشركة انعقدت للتجارة، بخلاف الوكيل بالشراء حيث لا يملك[12] أن يوكل

---

(١٦) مبتدأ.

(١٧) خبر.

(١٨) قوله: "دونه" فإنه أقل ضرراً، فإذا ملك ما هو أكثر ضرراً ملك ما هو أقل. (ف)

(١) فى بعض المضايق.

(٢) أى القدورى. (ب)

(٣) قوله: "لأنها دون الشركة" لأن الوضيعة فى الشركة تلزم الشريك، ولا تلزم المضارب، فتضمن الشركة المضاربة فيجوز. (ف)

(٤) قوله: "لأنه نو ع شركة" وليس لأحد الشريكين أن يشارك بمال الشركة، فكذا لا يدفع مضاربة. (ب)

(٥) أى جواز الدفع مضاربة.

(٦) أى المبسوط. (ب)

(٧) قوله: "تحصيل الربح" وهو ثابت فى المضاربة، فيملكه أحد الشريكين. (عناية)

(٨) قوله: "كما استأجر" أجيراً ليعمل بأجر، فإنه يجوز قولا واحداً، فهذا أولى. (عناية)

(٩) قوله: "بدون ضمان فى ذمته" فإن المضارب إذا عمل، ولم يحصل الربح لا يجب على رب المال شىء، بخلاف الإجارة، فإن الأجير إذا عمل فى التجارة، ولم يحصل شىء من الربح يكون المستأجر ضامناً للأجرة. (عناية)

(١٠) قوله: "لأن الشىء لا يستتبع مثله" فإن قيل: هذا منقوض بالمكاتب، فإن له أن يكاتب عبده، وبالعبد المأذون، فإن له أن يأذن عبده، وباقتداء المفترض بالمفترض، والمتنفل بالمتنفل.

والجواب فى المكاتب والمأذون أنهما أطلقا فى الكسب وأسبابه، فليس هذا من قبيل الاستتباع، بل من إثبات الكسب المطلق، وأما الاقتداء، فجوزناه بالإجما ع. (ب)

(١١) أى القدورى. (ب)

(١٢) إلا أن يأذنه الموكل، كما سيأتى فى باب الوكالة. (ب)

غيره؛ لأنه عقد خاص طلب منه تحصيل العين، فلا يستتبع مثله.

قال[١]: ويده في المال يد أمانة؛ لأنه قبض المال بإذن المالك، لا على وجه البدل[٢] والوثيقة[٣]، فصار كالوديعة.

قال[٤]: وأما شركة الصنائع، ويسمى شركة التقبُّل كالخياطين والصّباغين يشتركان على أن تقبّلا الأعمال، ويكون الكسب بينهما، فيجوز ذلك، وهذا عندنا. وقال زفر والشافعي: لا تجوز لأن هذه شركة لا تفيد مقصودها[٥]، وهو التثمير[٦]؛ لأنه لا بد من رأس المال، وهذا[٧] لأن الشركة في الربح تبتنى على الشركة في المال على أصلهما[٨] على ما قررناه[٩]. ولنا أن المقصود منه[١٠] التحصيل، وهو ممكن بالتوكيل[١١]؛ لأنه[١٢] لما كان وكيلا في النصف أصيلا في النصف، تحققت الشركة في المال المستفاد[١٣]، ولا يشترط فيه اتحاد العمل والمكان[١٤]، خلافًا لمالك

---

(١) أي القدوري. (ب)

(٢) قوله: "لا على وجه البدل" بخلاف المقبوض على سوم الشراء، فإنه قبضه على وجه إعطاء البدل، فيكون مضمونًا. (ف)

(٣) قوله: "والوثيقة" بخلاف الرهن، فإنه مضمون للتوثق بدينه، فيضمن بذلك الدين. (ف)

(٤) أي القدوري. (ب)

(٥) وفي نسخة: مقصودهما، أي مقصود الشركة.

(٦) أي حصول الربح. (ب)

(٧) أي قول الشافعي وزفر. (ب)

(٨) أي زفر والشافعي.

(٩) أي عند قوله: يجوز الشركة وإن لم يخلطا المال. (ب)

(١٠) أي من عقد الشركة.

(١١) بتوكيل كل واحد من الشريكين.

(١٢) أي كل واحد من الشريكين.

(١٣) قوله: "وفي المال المستفاد" أي من عقد الشركة، فإذا عمل كل واحد يستحق فائدة عمله، وهو كسبه، وإذا عمل أحدهما كان العامل معينًا لشريكه في ما لزمه بالتقبل. (ب)

(١٤) قوله: "ولا يشترط فيه إلخ" حتى لو كان أحدهما قصارا، والآخر خياطًا، أو قعدا في دكانين جاز

وزفر[١] فيهما؛ لأن المعنى المجوز للشركة، وهو ما ذكرناه[٢] لا يتفاوت[٣].

ولو شرطا[٤] العملَ نصفين، والمالُ[٥] أثلاثًا جاز، وفى القياس[٦] لا يجوز؛ لأن الضمان بقدر العمل، فالزيادة عليه ربح ما لم يضمن، فلم يجز العقد[٧] لتأديته[٨] إليه، وصار كشركة الوجوه[٩]، لكنا نقول: ما يأخذه لا يأخذه ربحا؛ لأن الربح عند اتحاد الجنس[١٠]، وقد اختلف؛ لأن رأس المال عمل، والربح مال، فكان[١١] بدل العمل، والعملُ يتقوم بالتقويم، فيتقدر بقدر ما قوم به[١٢] فلا يحرم[١٣].

عندنا، خلافًا لزفر ومالك؛ لأنه إذا كان العمل مختلفًا كان كل واحد منهما عاجزًا عما يتقبله الآخر، وذلك ليس من صنعه. (ب)

(١) قوله: "وزفر" أورد عليه أنه قدم فى اشتراط الخلط أن من ثمراته عدم جواز شركة التقبل، وهو ينافى اشتراطه لصحتها اتحاد العمل والمكان. أجيب عن زفر بأن فى جواز شركة التقبل روايتين، ذكرهما فى "المبسوط"، ففرع رواية المنع على شرط خلط المال، وذكر ههنا شرطه فى تجويزها. (ف)

(٢) قوله: "وهو ما ذكرناه" من أن المقصود التحصيل. (ع)

(٣) باتحاد العمل والمكان واختلافهما.

(٤) أى فى شركة التقبل. (عناية)

(٥) أى الربح.

(٦) وهو قول زفر. (ب)

(٧) قوله: "العقد" هذا يعطى بظاهره بطلان العقد بشرط الزيادة، والوجه أن تبطل الزيادة فقط، ويستحق مثل الأجر، فإنه نص بهذا فى شركة الوجوه التى شبه بها فى "شرح الطحاوى". (ف)

(٨) أى لتأديته هذا العقد إلى ربح ما لم يضمن.

(٩) قوله: "وصار كشركة الوجوه" فى أن التفاوت فيها فى الربح لا يجوز إذا كان المشترى بينهما على السواء، وأما إذا شرطا التفاوت فى ملك المشترى، فيجوز التفاوت ح فى الربح فى شركة الوجوه أيضًا. (ع)

(١٠) قوله: "لأن الربح عند اتحاد الجنس" أى الربح لا يكون إلا عند اتحاد الجنس، ولهذا قالوا: لو استأجر دارًا لعشرة دراهم، ثم آجرها بثوب يساوى خمسة عشر جاز؛ لما أن الربح لا يتحقق عند اختلاف الجنس. (ب)

(١١) أى ما يأخذه. (ب)

(١٢) أى بتراضى الطرفين.

(١٣) قوله: "فلا يحرم" خصوصًا إذا كان أحدهما أحذق فى العمل، ولذلك قال بعض المشايخ فى ما لو شرطت الزيادة لأكثرهما عملا صح. (ف)

بخلاف شركة الوجوه؛ لأن جنس المال متفق[١]، والربح يتحقق في الجنس المتفق، وربح ما لم يضمن[٢] لا يجوز إلا في المضاربة[٣].

قال[٤]: وما يتقبله كل واحد منهما من العمل يلزمه، ويلزم شريكه[٥] حتى إن كل واحد منهما يُطالَب بالعمل، ويطالب بالأجر، ويبرأ الدافع بالدفع إليه[٦]، وهذا ظاهر في المفاوضة[٧]، وفي غيرها[٨] استحسان، والقياس خلاف ذلك؛ لأن الشركة وقعت مطلقة[٩]، والكفالة مقتضى المفاوضة[١٠]. وجه الاستحسان أن هذه الشركة[١١] مقتضية للضمان[١٢]، ألا ترى أن ما تقبله كل واحد منهما من العمل مضمون على الآخر، ولهذا يستحق الأجر[١٣] بسبب نفاذ تقبله عليه، فجرى مجرى المفاوضة في ضمان

---

(١) قوله: "متفق" وهو الثمن الواجب في ذمتهما، دراهم كانت أو دنانير. (ب)

(٢) قوله: "وربح ما لم يضمن إلخ" تقريره أنه لو جاز اشتراط زيادة الربح كان ربح ما لم يضمن، وذلك لا يجوز إلا في المضاربة، وإنما جاز فيها لوقوعه بمقابلة العمل في جانب المضارب، وبمقابلة المال في جانب رب المال، وليس واحد منهما في شركة الوجوه، ولا ضمان بمقابلة الربح موجوداً، فيلزم فيها ربح ما لم يضمن فلا يجوز. (ع)

(٣) يجوز فيها بخلاف القياس. (ف)

(٤) أي القدوري. (ب)

(٥) قوله: "ويلزم شريكه" حتى إن لصاحب الثوب أن يأخذ الشريك لعمله، والشريك الذي لم يتقبل العمل أن يطالب رب الثوب مثلا بالأجرة. (ف)

(٦) قوله: "ويبرأ لدافع بالدفع إليه" قال الكاكي: يجوز أن يراد بالدافع دافع الأجرة، وضمير إليه إلى كل واحد منهما، وهو الظاهر، ويجوز أن يراد بالدافع كل منهما، وضمير إليه أي إلى صاحب الثوب يعني لو أخذ الثوب أحدهما للصبغ، ثم دفعه إلى صاحبه غير الذي أخذه يبرأ من الضمان. (ب)

(٧) قوله: "وهذا ظاهر في المفاوضة" أي إن كانت شركة التقبل مفاوضة بأن اشترطا أن يكون قبول الأعمال منهما، أو العمل منهما والربح، والوضيعة بينهما على التساوي، وهي شركة المفاوضة لوجود معناها، فيراعى شرائطها، وإذا تفاوتا في شيء مما ذكرنا، فهي شركة عنان حتى يراعى فيها شرائط العنان. (ك)

(٨) وهو فيما إذا أطلقا الشركة، أو قيداها بالعنان. (ف)

(٩) أي عن ذكر الكفالة. (ب)

(١٠) قوله: "والكفالة مقتضى المفاوضة" ولا يثبت معها ما ليس من مقتضاها بدون التصريح. (ب)

(١١) أي شركة الصنائع. (ف)

(١٢) وإن لم يصرح بلفظ المفاوضة. (ف)

(١٣) ولو لم يكن مضموناً لما استحق.

العمل، واقتضاء البدل[١].

قال[٢]: وأما شركة الوجوه[٣]: فالرجلان يشتركان، ولا مال لهما على أن يشتريا بوجوههما[٤] ويبيعا، فتصح الشركة على هذا، سميت به؛ لأنه لا يشترى بالنسيئة[٥] إلا من كان له وجاهةٌ عند الناس، و إنما تصح مفاوضة لأنه يمكن تحقيق الكفالة[٦] والوكالة فى الأبدال[٧]، وإذا أطلقت تكون عنانًا؛ لأن مطلقه ينصرف إليه، وهى جائزة عندنا، خلافًا للشافعى، والوجه من الجانبين ما قدمناه فى شركة التقبل[٨].

قال[٩]: وكل واحد منهما[١٠] وكيل الآخر فيما يشتريه؛ لأن التصرف على الغير لا يجوز إلا بوكالة، أو بولاية، ولا ولاية، فتتعين الوكالة.

فإن شرطا أن المشترى بينهما نصفان، والربح كذلك يجوز، ولا يجوز أن يتفاضلا فيه[١١]، وإن شرطا أن يكون المشترى بينهما أثلاثًا، فالربح

---

(١) قوله: "فى ضمان العمل واقتضاء البدل" إنما قيد جريانه مجرى المفاوضة بهذين الشبهين؛ لأن فى ما عدا ذلك لم يجر هذا العقد مجراها حتى قالوا: إذا أقر أحدهما بدين من ثمن أشنان، أو صابون، أو أجر أجير أو أجرة بيت لمدة مضت لم يصدق على صاحبه إلا ببينة، وتلزمه خاصة؛ لأن التنصيص على المفاوضة لم يوجد، ونفاذ الإقرار يوجب المفاوضة. (عناية)

(٢) أى القدورى. (ب)

(٣) قوله: "وأما شركة الوجوه إلخ" قال بعضهم: إنما سميت هذه الشركة به لأنه ليس لهما مال، ولا عمل، فيجلس كل واحد منهما ينظر وجه صاحبه.

(٤) أى بوجاهتهما وأمانتهما. (ب)

(٥) أى بالثمن المؤجل.

(٦) قوله: "لأنه يمكن إلخ" إنما تكون مفاوضة بأن يكونا من أهل الكفالة، والمشترى بينهما نصفين، وعلى كل منهما نصف ثمنه ويتساويا فى الربح، ويتلفظا بلفظة المفاوضة، أو يذكرا مقتضياتها كما سلف، وإن فات شىء مما ذكرنا كانت عنانًا؛ لأن مطلق هذه الشركة يتبادر إليه لتبادره، وزيادة تعارفه عملا. (ف)

(٧) أى الأثمان والمبيعات. (ف)

(٨) قوله: "ما قدمناه فى شركة التقبل" وهو أن الربح عنده فرع المال، فإذا لم يوجد المال لا تنعقد الشركة، وقلنا: إن الشركة فى الربح مستندة إلى العقد إلخ. (عناية)

(٩) أى القدورى. (ب)

(١٠) أى من الشريكين.

(١١) قوله: "ولايجوز أن يتفاضلا فيه" أى فى الربح، فإن شرط لأحدهما الفضل، بطل الشرط، والربح

كذلك، وهذا[١] لأن الربح لا يستحق إلا بالمال[٢]، أو العمل، أو بالضمان، فربُّ المال يستحقه بالمال، والمضاربُ يستحقه بالعمل، والأستاذ الذى يُلقى العمل على التلميذ بالنصف بالضمان[٣]، ولا يُستحق بما سواها[٤]. ألا ترى أن من قال لغيره: تصرف فى مالك على أن لى ربحه لم يجز لعدم هذه المعانى، واستحقاق الربح[٥] فى شركة الوجوه بالضمان[٦] على ما بينا[٧]، والضمانُ على قدر الملك فى المشترى، وكان الربح الزائد عليه ربحَ ما لم يضمن، فلا يصح اشتراطه إلا فى المضاربة[٨]، والوجوه ليست فى معناها[٩]، بخلاف العنان؛ لأنه فى معناه من حيث إن كل واحد منهما[١٠] يعمل فى مال صاحبه، فيلحق بها، والله أعلم.

فصل فى الشركة الفاسدة[١١]

ولا يجوز[١٢] الشركة فى الاحتطاب[١٣] والاصطياد، وما اصطاده كل

بينهما على قدر ضمانها. (ع)

(١) قوله: "وهذا" إشارة إلى تحتم المساواة فى الربح. (ع)

(٢) قوله: "إلا بالمال إلخ" أراد أن استحقاق الربح يكون بأحد الأمور الثلاثة، ثم أوضحها بقوله: فرب المال إلخ. (ب)

(٣) قيد اتفاقى، فإنه يجوز أن يكون أقل منه. (عناية)

(٤) قوله: "ولا يستحق [أى الربح] بما سواها" فإن قيل: لم لا يجوز أن يستحق الزيادة بزيادة اهتداءه، ومتانة رأيه، وتدبيره فى الأمور العامة. أجيب بأن اشتراط زيادة الربح بزيادة العمل، إنما يجوز إذا كان فى مال معلوم، كما فى العنان، والمضاربة، ولم يوجد ههنا. (ع)

(٥) عود إلى المبحث لإثبات المطلوب. (ع)

(٦) لا بالمال، ولا بالعمل.

(٧) قوله: "على ما بينا" قيل: هو إشارة إلى ما ذكره فى شركة التقبل بقوله: لأن الضمان بقدر العمل، فالزيادة عليه ربح ما لم يضمن، وقيل: إشارة إلى قوله: بخلاف شركة الوجوه؛ لأن جنس المال متفق إلخ. (ع)

(٨) فإنه يصح فيها لوجود مقابلة المال والعمل. (ب)

(٩) قوله: "والوجوه ليست فى معناها" لأن المال فيها مضمون على كل واحد من الشريكين، وأما المال فى المضاربة، فليس بمضمون على المضارب، ولا العمل على رب المال. (عناية)

(١٠) كالمضارب يعمل فى مال رب المال.

(١١) أخرها عن الصحيحة لانحطاطها شرعاً.

(١٢) هذا لفظ القدورى. (ب)

واحد منهما، أو احتطبه، فهو له دون صاحبه، وعلى هذا الاشتراك فى أخذ كل شيء مباح[١]؛ لأن الشركة متضمنةٌ معنى الوكالة، والتوكيل فى أخذ المال المباح باطل؛ لأن أمر الموكل به[٢] غير صحيح.

والوكيل يملكه بدون أمره، فلا يصلح نائبًا عنه[٣]، وإنما يثبت الملك[٤] لهما بالأخذ وإحراز المباح، فإن أخذاه معا، فهو بينهما نصفان لاستواءهما فى سبب الاستحقاق[٥]، وإن أخذه أحدهما، ولم يعمل الآخر شيئًا، فهو للعامل[٦]. وإن عمل أحدهما، وأعانه الآخر فى عمله بأن قلعه أحدهما، وجمعه الآخر، أو قلعه وجمعه وحمله الآخر، فللمُعين أجر المثل بالغًا ما بلغ[٧] عند محمد[٨]، وعند أبى يوسف لا يجاوَز به نصف ثمن ذلك[٩]، وقد عُرف فى موضعه[١٠].

---

(١٣) قوله: "فى الاحتطاب إلخ" وكذا الاحتشاش والتكدى وسؤال الناس. (ف)

(١) قوله: "كل شيء مباح" كأخذ الكلأ والثمار من الجبال كالجوز والتين والفستق، وكذا فى نقل الطين، وبيعه من أرض مباحة، أو الحصى، أو الملح، أو الثلج، أو الكحل، أو الكنوز الجاهلية. (ف)

(٢) قوله: "لأن أمر الموكل به [أى بأخذ المباح. ف] إلخ" دليلان على المطلوب، تقرير الأول: أن التوكيل فى أخذ المباح باطل؛ لأنه يقتضى صحة أمر الموكل بما وكل به، وأمره به غير صحيح؛ لأنه صادف غير محل ولايته. وتقرير الثانى: أن التوكيل بأخذ المباح باطل؛ لأن الوكيل يملكه بدون أمره، ومن يملك شيئًا بدون أمره، لا يصلح أن يكون نائبًا عنه. (ع)

(٣) وإذا لم تثبت الوكالة لم تثبت الشركة. (ف)

(٤) قوله: "وإنما يثبت إلخ" لما فرغ عن ذكر أن الشركة لا تصح فى الأشياء المذكورة، شرع فى بيان أن الملك فى هذه الأشياء بما ذا يثبت. (ب)

(٥) وهو الأخذ.

(٦) أى الآخذ. (ب)

(٧) قوله: "بالغا ما بلغ" لأنه استوفى منافعه بحكم عقد فاسد، فلزمه أجر مثله على الكمال. (ب)

(٨) قوله: "عند محمد" قيل: تقديم قول محمد على قول أبى يوسف فى الكتاب، وتقديم دليل محمد على دليل أبى يوسف فى "المبسوط" دليل على أنهم اختاروا قول محمد. (ع)

(٩) قوله: "لا يجاوز به إلخ" وجهه أنه رضى بنصف المجموع، وإن كان مجهولا فى الحال إلا أنه يعلم فى المآل. (ع)

(١٠) قوله: "فى موضعه" أى فى باب الإجارة الفاسدة، وقال الإنزارى: أى فى كتاب الشركة من

قال[١]: وإذا اشتركا ـ ـدُحـ ـ ـمـا[٢] بغل، وللاخر راوية[٣] يستقى عليهما الماء، فالكسب بينهما لم تصح الشركة، والكسب كله للذى استقى، وعليه أجر مثل الراوية إن كان العامل صاحب البغل، وإن كان صاحب الراوية، فعليه أجر ـثل البغل، أما فساد الشركة فلانعقادها[٤] على إحراز المباح، وهو الماء. وأما وجوب الأجر: فلأن المباح إذا صار ملكًا للمحرز، وهو المستقى. فقد استوفى منافع ملك الغير، وهو البغل[٥]، أو الراوية[٦] بعقد فاسد، فيلزمه أجره.

وكل شركة فاسدة[٧]، فالربح فيها على قدر المال[٨]، ويبطل شرط التفاضل؛ لأن الربح فيها تابع للمال[٩]، فيتقدر بقدره كما أن الريْع[١٠] تابع للبذْر فى المزارعة، والزيادةُ إنما تُستحق بالتسمية، وقد فسدت[١١]، فبقى الاستحقاق على قدر رأس المال.

"المبسوط". (ب)

(١) أى القدورى.

(٢) الواو حالية.

(٣) قوله: "وللآخر راوية" هى فى الأصل الجمل الذى يحمل عليه الماء سمى به؛ لأنه يرويه، ثم استعمل فى المزادة، وهى الجلود الثلاثة المصنوعة لنقل الماء. (ف)

(٤) والشركة فى المباحات باطلة.

(٥) هذا إذا كان العامل صاحب الراوية.

(٦) هذا إذا كان العامل صاحب البغل.

(٧) هذا لفظ القدورى. (ب)

(٨) قوله: "على قدر المال" كالألف لأحدهما مع ألفين، فالربح بينهما أثلاث، وإن كانا شرطا الربح بينهما نصفين، بطل ذلك الشرط. (ف)

(٩) قوله: "تابع للمال" فيه نظر؛ لأن الربح عندنا فرع العقد، كما مر، وكونه تابعًا للمال إنما هو مذهب الشافعى، كما مر، والجواب أنه تابع للعقد إذا كان العقد موجودًا، وههنا قد فسد العقد، فيكون تابعًا للمال. (ع)

(١٠) أى النماء. (ب)

(١١) بفساد العقد.

وإذا مات أحد الشريكين[(١)]، أو ارتد ولحق بدار الحرب بطلت الشركة[(٢)]؛ لأنها تتضمن الوكالة[(٣)]، ولا بد منها ليتحقق الشركة على ما مر[(٤)]، والوكالة تبطل بالموت، وكذا بالالتحاق مرتداً إذا قضى القاضى بلحاقه؛ لأنه بمنزلة الموت على ما بيناه من قبل[(٥)].

ولا فرق بينهما إذا علم الشريك بموت صاحبه، أو لم يعلم؛ لأنه عزل حكمى[(٦)]، فإذا بطلت الوكالة بطلت الشركة، بخلاف[(٧)] ما إذا فسخ أحد الشريكين الشركة حيث يتوقف على علم الآخر؛ لأنه عزل قصدى، والله أعلم.

فصل[(٨)]

وليس[(٩)] لأحد الشريكين أن يؤدى زكاة مال الآخر إلا بإذنه؛ لأنه[(١٠)]

---

(١) هذا لفظ القدورى.

(٢) مفاوضة كانت أو عناناً. (ف)

(٣) فإن الوكالة مشروطة فى ابتداءها وبقاءها. (ف)

(٤) سابقاً فى هذا الفصل.

(٥) قوله: "على ما بيناه من قبل" إشارة إلى ما ذكره فى باب أحكام المرتدين فى قوله: وإن لحق بدار الحرب مرتداً، وحكم بلحاقه إلى قوله: ولنا أنه باللحاق صار من أهل الحرب، وهم أموات فى حق أحكام الإسلام إلخ. (ع)

(٦) قوله: "لأنه عزل حكمى [لتحول ملكه إلى وارثه. ب]" ألا ترى أن الوكيل يعزل بموت الموكل وإن لم يعلم. (ب)

(٧) قوله: "بخلاف إلخ" أى بخلاف ما إذا فسخ أحد الشريكين الشركة، وماله دراهم، أو دنانير يتوقف على علم الآخر؛ لأنه عزل قصدى، فيشترط علمه دفعا للضرر عنه، وتقييده بما إذا كان مال الشركة دراهم، أو دنانير؛ لأنه لو كان عروضاً، فلا رواية فى ذلك عن أصحابنا. وإنما الرواية فى المضاربة، وهى أن رب المال إذا نهى المضارب عن التصرف، فإن كان مال المضاربة دراهم ودنانير صح نهيه غير أنه يصرف الدراهم بالدنانير إن كان رأس المال دنانير، وبالعكس، وإن كان المال عروضا لم يصح نهيه. فجعل الطحاوى الشركة كالمضاربة، فقال: لا ينفسخ، وقال بعض المشايخ: تنفسخ الشركة، وإن كان المال عروضاً، وهو المختار. (ف)

(٨) قوله: "فصل" لما كان أحكام هذا الفصل أبعد عن مسائل الشركة؛ إذ ليست من أمور التجارة والاسترباح، أفردها بفصل وأخره. (ف)

(٩) هذا لفظ القدورى. (ب)

ليس من جنس التجارة، فإن أذن كل واحد منهما لصاحبه أن يؤدى زكاته، فأدى كل واحد منهما، فالثانى ضامن عَلم بأداء الأول، أو لم يَعلم، وهذا عند أبى حنيفة. وقالا: لا يضمن إذا لم يعلم[١]، وهذا[٢] إذا أديا على التعاقب، أما إذا أديا معًا ضمن[٣] كل واحد منهما نصيب صاحبه.

وعلى هذا الاختلاف[٤] المأمور بأداء الزكاة إذا تصدق على الفقير بعد ما أدى الآمر بنفسه. لهما أنه مأمور بالتمليك من الفقير، وقد أتى به، فلا يضمن للموكل[٥]، وهذا[٦] لأن فى وسعه التمليك، لا وقوعه زكاةً لتعلقه بنية الموكل، وإنما يُطلب منه ما فى وسعه[٧]، وصار كالمأمور بذبح دم الإحصار إذا ذبح بعد ما زال الإحصار، وحج الآمر لم يضمن المأمورُ علم أو لا. ولأبى حنيفة أنه مأمور بأداء الزكاة، والمؤدّى لم يقع زكاةً[٨]، فصار مخالفًا، وهذا لأن المقصود[٩] من الأمر إخراجُ نفسه عن عهدة الواجب؛ لأن الظاهر أنه لا يلتزم الضرر[١٠] إلا لدفع الضرر، وهذا المقصود حصل بأداءه، وعرى[١١] أداء المأمور عنه[١٢]، فصار معزولا، علم أو لم يعلم؛ لأنه

---

(١٠) أى دفع الزكاة.

(١) قوله: "إذا لم يعلم" وأما إذا علم ضمن، هكذا ذكر فى كتاب الزكاة، وفى "الزيادات" للعتابى: لا يضمن وإن علم عندهما، وهو الصحيح عندهما. (فتح القدير)

(٢) أى أداء الثانى الضمان.

(٣) أى عنده خلافًا لهما. (عناية)

(٤) بين أبى حنيفة وصاحبيه.

(٥) لأنه لا تقصير من قبله، وإنما القصور من الآمر حيث أدى بعد ما أمره.

(٦) أى عدم ضمانه.

(٧) قوله: "وإنما يطلب منه ما فى وسعه" ولهذا لو دفع إلى رجل ليقضى بها دينًا عليه، ثم أدى الدافع الدين لا يضمن إذا دفع، علم بذلك أو لم يعلم. (ف)

(٨) بسبب أداء الآمر بنفسه.

(٩) أى مقصود الآمر.

(١٠) قوله: "أنه لا يلتزم الضرر" أى نقص ماله على يد الوكيل إلا لدفع الضرر، وهو بقاء الواجب على ذمته. (ع)

(١١) أى خلى.

عـزل حكمى[١]. وأمـا دم الإحـصـار فـقـد قـيل[٢]: هو على هذا الاختلاف[٣]، وقيل: بينهما فرق[٤]، ووجهه أن الدم ليس بواجب عليه، فإنه يمكنه أن يصبر حتى يزول الإحصار[٥]، وفى مسألتنا[٦] الأداء واجب، فاعتبر الإسقاط مقصوداً فيه دون دم الإحصار.

قال[٧]: وإذا أذن أحد المتفاوضين لصاحبه أن يشترى جارية فيطأها ففعل[٨]، فهى له بغير شيء عند أبى حنيفة.

وقالا: يرجع عليه[٩] بنصف الثمن؛ لأنه أدى دينا عليه خاصةً من مالٍ مشترك، فيرجع عليه صاحبه بنصيبه، كما فى شراء الطعام[١٠] والكسوة، وهذا[١١] لأن الملك واقع له خاصة[١٢]، والثمن بمقابلة الملك.

---

(١٢) أى المأمور.

(١) قوله: "لأنه عزل حكمى" وهو لا يتوقف على العلم كالعزل بالموت. (ف)

(٢) هذا جواب بالمنع. (ب)

(٣) فعنده يضمن، وعندهما لا.

(٤) قوله: "وقيل: بينهما فرق" هذا جواب بطريق التسليم يعنى لئن سلمنا أنه لا يضمن بالاتفاق، لكن بينهما فرق. (ب)

(٥) قوله: "حتى يزول الإحصار" فإنه ح لا يطالب بالدم، فلم يكن مقصوداً، فلم يمكن أن يقال: إن المقصود حصل بفعل المحصر قبل فعل المأمور، فعرى فعل المأمور عن المقصود فيضمن.
بخلاف أداء الزكاة، فإنه واجب، فكان إسقاط الواجب أمراً مقصوداً، وحصل هذا المقصود بأداء الآمر، فعرى فعل المأمور عن المقصود. (عناية)

(٦) أى مسألة الزكاة.

(٧) أى محمد فى "الجامع الصغير".

(٨) وأدى جميع الثمن من مال الشركة. (ف)

(٩) أى الآمر على المأمور. (ب)

(١٠) قوله: "كما فى شراء الطعام" تحقيق ذلك أن الحاجة إلى الوطئ من الحوائج الأصلية إلا أنها ليست بلازمة كالطعام، فلم يكن مستثناة من عقد الشركة بلا شرط، بخلاف الحاجة إلى الطعام، فإنها لازمة، فكانت مستثناة بلا شرط، ثم بالتصريح على الوطئ التحق بحاجة الطعام، فوقع شراء الجارية للمشترى خاصة. (ب)

(١١) إشارة إلى قوله: أدى ديناً خاصة. (ع)

(١٢) بدليل حل وطئها. (ع)

وله أن الجارية دخلت فى الشركة[١] على البتات جريًا على مقتضى الشركة[٢]؛ إذ هما لا يملكان تغييره[٣]، فأشبه[٤] حالَ عدم الإذن، غيرَ أن الإذن[٥] يتضمن هبة نصيبه منه؛ لأن الوطئ لا يحل إلا بالملك. ولا وجه[٦] إلى إثباته بالبيع؛ لما بينا[٧] أنه يخالف مقتضى الشركة، فأثبتناه بالهبة الثابتة فى ضمن الإذن[٨]، بخلاف الطعام والكسوة[٩]؛ لأن ذلك مستثنى عنها للضرورة، فيقع الملك له خاصة بنفس العقد، وكان مُؤديًا دينًا عليه من مال الشركة، وفى مسألتنا قضى دينًا عليهما؛ لما بيّنا[١٠].

وللبائع أن يأخذ بالثمن أيهما شاء بالاتفاق؛ لأنه دين وجب بسبب التجارة، والمفاوضةُ تضمنت الكفالة، فصار كالطعام والكسوة.

---

(١) قوله: "دخلت فى الشركة" وكل ما دخل فى الشركة، وأدى المشترى ثمنه من مال الشركة، فإنه لا يرجع عليه صاحبه بشيء، كما لو اشتراها قبل الإذن، وأدى ثمنها من مال الشركة. (ع)

(٢) أى شركة المفاوضة.

(٣) قوله: "لايملكان تغييره" ألاترى أنهما لوشرطا التفاوت بينهما فى ملك المشترى لم يعتبرمع بقاء الشركة. (ع)

(٤) فى عدم الرجوع.

(٥) قوله: "غير أن إلخ" استثناء من قوله: فأشبه حال عدم الإذن، فإنه كان يتوهم منه أنه كيف حال عدم الإذن، وهناك لم يحل وطئها، وبعد الإذن يحل، فأزال ذلك بهذا القول. (ع)

(٦) قوله: "ولا وجه" يعنى أنه لا يمكن أن يقال: حل الوطئ بسبب أنه اشترى جميعها. (ع)

(٧) يريد به قوله: جريًا على مقتضى العقد. (عناية)

(٨) قوله: "فى ضمن الإذن" فكأنه قال اشتر جارية بيننا، وقد وهبت نصيبى منها لك. (ع)

(٩) حيث يقع للمشترى.

(١٠) من أنها دخلت فى الشركة.

كتاب الوقف[١]

قال أبو حنيفة: لا يزول ملك الواقف[٢] عن الوقف إلا أن يحكم به الحاكم[٣]، أو يُعلقه بموته، فيقول: إذا متُّ فقد وقفتُ دارى على كذا.

وقال أبو يوسف: يزول ملكه بمجرد القول، وقال محمد[٤]: لا يزول حتى يجعل للوقف وليًّا ويسلمه إليه. قال[٥]: الوقف لغةً هو الحبس يقول: وقفت الدابة وأوقفتها[٦] بمعنى، وهو فى الشرع عند أبى حنيفة: حبس العين على ملك الواقف، والتصدق بالمنفعة بمنزلة العارية، ثم قيل: المنفعة معدومة، فالتصدق بالمعدوم لا يصح، فلا يجوز الوقف أصلا عنده[٧]، وهو الملفوظ[٨] فى "الأصل"، والأصح أنه جائز عنده إلا أنه غير لازم بمنزلة العارية[٩].

---

(١) قوله: "كتاب الوقف" مناسبته بالشركة أن كلا منهما يراد به استبقاء الأصل مع الانتفاع بالزيادة عليه إلا أن الأصل فى الشركة مستبقى فى ملك الإنسان، وفى الوقف مخرج عنه عند الأكثر، ومحاسنه ظاهرة، وهى الانتفاع الباقى، وفيه إدامة العمل الصالح. وتفسيره لغةً الحبس مصدر وقفت يتعدى ولا يتعدى، ثم اشتهر المصدر فى الموقوف، فقيل: هذه الدار وقف، فلذا جمع على أفعال، يقال: وقف وأوقاف. وأما شرعًا: فحبس العين على ملك المالك، والتصدق بمنفعتها، أو صرف منفعتها إلى من أحب، وعندهما حبسها لا على ملك أحد غير الله تعالى، وقد انتظم هذا بيان حكمه. وأما شرطه فما هو شرط فى سائر التبرعات من كونه عاقلا بالغًا حرًّا، وأن لا يكون معلقًا، فلو قال: إن قدم ولدى فدارى صدقة موقوفة لم يجز، والإسلام ليس بشرط، فلو وقف الذمى على ولده ونسله جاز. ومن شرطه أن لا يكون محجوراً عليه حتى لو حجر عليه القاضى لسفه ونحوه، لا يجوز وقفه، وشرطه الخاص لخروجه عن الملك عند أبى حنيفة الإضافة إلى ما بعد الموت، أو أن يلحقه حكم به، خلافًا لأبى يوسف، وأما ركنه فألفاظه الخاصة كأن يقول: أرضى هذه صدقة موقوفة مؤبدة على المساكين، ونحو ذلك. (ف)

(٢) قوله: "لا يزول إلخ" هذه عبارة القدورى غير أن المصنف قدم ذكر أبى حنيفة. (ب)

(٣) أى بخروجه عن ملكه. (ن)

(٤) وبه أخذ مشايخ بخارا. (ف)

(٥) أى المصنف. (ب)

(٦) هذه لغة رديئة كما فى "الصحاح". (ب)

(٧) أى أبى حنيفة. (ب)

(٨) قوله: "وهو الملفوظ فى الأصل" أى المبسوط حيث قال: كان أبو حنيفة لا يجيز ذلك، وقال قاضى خان: بظاهر هذا اللفظ أخذ بعضهم، فقال: عند أبى حنيفة لا يجوز الوقف، وليس كذلك، بل هو جائز عند الكل بالأحاديث وإجماع الصحابة، إلا أن عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله لا يلزم. (ب)

(٩) قوله: "بمنزلة العارية [فإنها غير لازمة]" فإذا كان كذلك تصرف المنفعة إلى جهة الوقف، وتبقى

وعندهما حبس العين على حكم ملك الله تعالى، فيزول ملك الواقف عنه إلى الله تعالى على وجهٍ، تعود منفعته إلى العباد، فيلزم ولا يباع، ولا يوهب، ولا يورث، واللفظ ينتظمهما[1]، والترجيح بالدليل.

لهما قول النبي ﷺ لعمر[2] حين أراد أن يتصدّق بأرضٍ له[3] تُدعى ثمغ[4]: «تصدق بأصلها[5] لا يباع ولا يورث ولا يوهب»*، ولأن الحاجة ماسة إلى أن يلزم الوقف منه ليصل ثوابه إليه على الدوام، وقد أمكن[6] دفع حاجته بإسقاط الملك، وجعله لله تعالى إذ له نظير في الشرع[7]، وهو المسجد، فيجعل كذلك. ولأبي حنيفة قوله عليه السلام[8]: «لا حبس[9] عن فرائض الله تعالى»[10]**، وعن

العين على ملك الواقف، فله أن يرجع، ويجوز له هبته وبيعه. (ب)

(١) قوله: "واللفظ إلخ" أي لفظ الوقف يصدق مع كل من زوال الملك وعدمه، فإنه ليس من مقتضيات لفظ وقفت داري خروجها عن الملك، أو عدمه، فترجيح الخروج وعدمه بالدليل.

(٢) قلت: أخرجه الأئمة الستة. (ت)

(٣) بخيبر. (ب)

(٤) قوله: "تدعى ثمغ" هو بفتح الثاء المثلثة بعدها ميم ساكنة، ثم غين معجمة، ذكر الشيخ حافظ الدين أنه بلا تنوين للعلمية والتأنيث، وذكر في "غاية البيان" أنها في كتب غريب الحديث المصححة عند الثقات منونًا وغير منون. قال محمد بن الحسن في "المبسوط": أخبرنا صخر بن جويرية عن نافع عن عمر أنه كانت له أرض تدعى ثمغ، وكان فيها نخل نفيس، فقال لرسول الله ﷺ: إني استفدت مالا هو عندي نفيس أنا أتصدق به فقال له: «تصدق بأصله لا يباع ولا يوهب ولا يورث ولكن تنفق ثمرته»، فتصدق به عمر رضي الله عنه في سبيل الله، وفي الرقاب وللضيف والمساكين وابن السبيل ولذي القربى، وحديث عمر رضي الله عنه هذا في الكتب الستة. (ب)

(٥) هذا اللفظ هو محل الاستدلال.

* راجع نصب الراية ج٣ ص٤٧٦، والدراية ج٢، الحديث ٧٥٦ ص١٤٥. (نعيم)

(٦) قوله: "وقد أمكن إلخ" هذا ظاهر المنع إذ لم يتعين لذلك سقوط الملك طريقا، بل يتحقق بالحكم بلزومه، فلم يلزم زوال الملك من هذا المعنى، فلم يقدح فيما رجحنا من الأقوال. (ف)

(٧) قوله: "إذ له نظير في الشرع" جواب عما يقال: كيف يخرج الوقف عن ملك الواقف، ولا يدخل في ملك أحد، وتقريره أن هذا له نظير، وهو المسجد، فإن اتخاذ المسجد لازم بالاتفاق، وهو إخراجه عن ملكه من غير أن يدخل في ملك أحد، ولكنها تصير محبوسة لنوع قربة قصدها، فكذلك في الوقف. (ب)

(٨) قوله: "عليه السلام" قاله بعد نزول سورة النساء التي فيها ذكر فرائض الورثة، كما في رواية الطحاوي، كذا قال ابن الهمام.

شريح[١] : «جاء محمد عليه السّلام[٢] يبيع الحبس[٣]»[٤]*، ولأن الملك[٥] باقٍ فيه[٦] بدليل أنه يجوز الانتفاع به زراعةً وسكنى، وغير ذلك، والملكُ فيه للواقف، ألا ترى أن له ولاية التصرف فيه بصرف غلاته إلى مصارفها[٧]، ونصبُ القُوّام[٨] فيها إلا أنه[٩] يتصدق بمنافعه، فصار[١٠] شبيهَ العارية. ولأنه يُحتاج إلى التصدق بالغلّة[١١] دائمًا، ولا تصدق عنه إلا

---

(٩) قوله: "لا حبس عن فرائض الله" أى لا مال يحبس بعد موت صاحبه عن القسمة بين ورثته، وهم يحملون هذا الأثر على ما كان عليه أهل الجاهلية من البحيرة والسائبة والحام، ونحن نقول: النكرة فى موضع النفى تعم. (ع)

(١٠) قلت: أخرجه الدارقطنى والطبرانى وابن أبى شيبة. (ت)

** راجع نصب الراية ج٣ ص٤٧٦، والدراية ج٢، الحديث ٧٥٧ ص١٤٥. (نعيم)

(١) قوله: "وعن شريح إلخ" قلت: رواه ابن أبى شيبة والبيهقى. (ت)

(٢) قوله: "جاء محمد ﷺ إلخ" هذا يدل على أن لزوم الوقف كان شريعة من قبلنا، وأن شريعتنا ناسخة له. (ع)

(٣) قوله: "يبيع الحبس" فى "مبسوط شيخ الإسلام": الاستدلال بحديث: «لا حبس عن فرائض الله»، وقول شريح غير مستقيم؛ لأنه إنما يستقيم إذا تعلق به حق الوارث، فأما إذا كان الوقف، فليس حبس عن فرائض الله كالتصدق، بالمنقولات. فإن قلت: قال ابن حزم: قولهم: «لا حبس عن فرائض الله» فاسد؛ لأنهم لا يختلفون فى جواز الهبة والصدقة فى الحياة، والوصية بعد الموت، فكل هذا مسقط لفرائض الله.
قلت: لا نسلم ذلك أن فى هذه الأشياء سقوط فرائض الورثة، أما الهبة والصدقة: فإنهما يكونان فى حياة الرجل، وفى ذلك لا فرائض، وأما الوصية فإنها لا تنفذ إلا من الثلث، وفرائض الورثة فى الثلثين. (ب)

(٤) أخرجه الطحاوى بإسناد صحيح. (ب)

* راجع نصب الراية ج٣ ص٤٧٧، وانظر فى الدراية ج٢ تحت الحديث ٧٥٧ ص١٤٥. (نعيم)

(٥) قوله: "ولأن الملك إلخ" حاصله أن حقوق العباد لم تنقطع حتى جاز الانتفاع به زراعة، وسكنى بغير الواقف، وتعلق حقوق العبد بشىء دليل ثبوت ملكهم فيها على ما هو الأصل، فإما أن يكون الملك لغير الواقف أوله. واتفقنا على أنه لا يكون ملكًا لغيره من العباد، فوجب أن يكون ملكًا للواقف، وكذا الاستصلاح بنصب القوام. (ب)

(٦) أى الوقف. (ب)

(٧) أى الأوقاف.

(٨) بضم القاف وتشديد الواو جمع قائم. (ب)

(٩) الواقف.

(١٠) الوقف.

(١١) أى محاصل الوقف.

بالبقاء على ملكه[(١)]، ولأنه لا يمكن أن يُزال ملكه، لا إلى مالك؛ لأنه غير مشروع مع بقاءه[(٢)] كالسائبة[(٣)]، بخلاف الإعتاق[(٤)]؛ لأنه إتلاف[(٥)]، وبخلاف المسجد[(٦)]؛ لأنه جُعل خالصًا لله تعالى، ولهٰذا لا يجوز الانتفاع به، وههنا[(٧)] لم ينقطع حق العبد عنه، فلَمْ يصر خالصًا لله تعالى[(٨)]. قال[(٩)]: قال في "الكتاب[(١٠)]": لا يزول ملك الواقف إلا أن يحكم به الحاكم، أو يعلقه بموته، وهذا في حكم الحاكم صحيح[(١١)]؛ لأنه قضاءٌ في مجتهد فيه. أما في تعليقه[(١٢)] بالموت، فالصحيح أنه لا يزول ملكه إلا أنه تصدق بمنافعه مؤبدا، فيصير بمنزلة الوصية بالمنافع مؤبدا فيلزم[(١٣)]،

---

(١) أي الواقف.

(٢) أي المملوك واحترز به عن الإعتاق.

(٣) قوله: "كالسائبة" أي الناقة التي تسيب لنذر، وكان الرجل يقول: إذا قدمت من سفرى، أو برئت من مرضى، فناقتى سائبة، ومعناه أن الوقف بمنزلة التسييب لنذر أهل الجاهلية من حيث إن العين لا تخرج من أن تكون مملوكة. (ع)

(٤) قوله: "بخلاف الإعتاق" جواب عما يقال: ار كان إزالة للملك، لا إلى مالك غير مشروع لما جاز العتق، فإنه إزالة للملك من غير تمليك للعبد. (عناية)

(٥) أي إسقاط الصفة المملوكية. (ب)

(٦) قوله: "بخلاف المسجد إلخ" جواب عن قياسهم الوقف على المسجد. (ب)

(٧) أي في الوقف. (ب)

(٨) قوله: "فلم يصر خالصًا إلخ" الحق في هذا المقام ترجح قول عامة العلماء بلزوم الوقف؛ لأن الأحاديث في ذلك متظافرة، كما صح من قوله: «لا يباع ولا يورث»، وتكرر هذا في أحاديث كثيرة، واستمر عمل الأمة من الصحابة والتابعين عليه، فلا يعارض بالحديث الذى، ذكره المصنف على أن معنى حديث شريح بيان نسخ ما كان في الجاهلية من الحام ونحوه، وذكر بعض المشايخ أن الفتوى على قولهما. (ف)

(٩) أي المصنف. (ب)

(١٠) أي مختصر القدوري. (ب)

(١١) قوله: "وهذا في حكم الحاكم صحيح" صورته أن يسلم الواقف ما وقفه إلى المتولى، ثم يريد أن يرجع عنه، فينازعه بعد اللزوم، فيختصمان إلى القاضي، فيقضى بلزومه. (عناية)

(١٢) قوله: "أما في تعليقه" يعنى أن المشايخ اختلفوا على قول أبي حنيفة، فقيل: يزول الملك بالتعليق بالموت؛ لأنه وقت خروج الأملاك عن ملكه، وقيل: لا يزول عنده، وهو الصحيح. (ب)

(١٣) يعنى يلزم عند أبي حنيفة. (ب)

فالمراد[١] بالحاكم المولّى[٢]، فأما المحكَّم[٣]: ففيه اختلاف المشايخ.

ولو وقف في مرض موته، قال الطحاوي: هو بمنزلة الوصية بعد الموت[٤]، والصحيح أنه لا يلزمه[٥] عند أبي حنيفة.

وعندهما يلزمه إلا أنه يُعتبر من الثلث[٦]، والوقفُ[٧] في الصحة من جميع المال[٨]، وإذا كان الملك يزول عندهما، يزول[٩] بالقول[١٠] عند أبي يوسف، وهو قول الشافعي بمنزلة الإعتاق؛ لأنه إسقاط الملك.

وعند محمد لا بد من التسليم إلى المتولي لأنه حق الله تعالى، وإنما يثبت فيه في ضمن التسليم إلى العبد؛ لأن التمليك من الله تعالى[١١] -وهو مالك الأشياء- لا يتحقق مقصودًا، وقد يكون تبعًا لغيره، فيأخذ حكمه[١٢]، فينزل منزلة الزكاة والصدقة[١٣].

---

(١) أي مراد القدوري. (ب)

(٢) قوله: "المولّى" بفتح اللام هو الذي ولاه الإمام على القضاء. (ب)

(٣) قوله: "فأما المحكم" هو الذي يفوض إليه الحكم في حادثة معينة باتفاق الخصمين، قال في كتاب القضاء من خلاصة الفتاوى: أما حكم الحاكم في سائر المجتهدات، فالأصح أنه ينعقد لكنه لا يفتى به. (عناية)

(٤) قوله: "هو بمنزلة الوصية بعد الموت" لأن تصرفات المريض مرض الموت في الحكم كالمضاف إلى ما بعد الموت حتى يعتبر من ثلث ماله. (ف)

(٥) قوله: "أنه لا يلزمه" لأن المباشرة في المرض كالمباشرة في الصحة حتى لا يلزم، ولا يمنع الإرث كالعارية. (ع)

(٦) كسائر التبرعات في مرض الموت.

(٧) يعتبر.

(٨) لعدم المانع هناك.

(٩) هو قول أكثر أهل العلم. (ف)

(١٠) أي بمجرد قوله: وقفت. (ب)

(١١) قوله: "لأن التمليك من الله تعالى إلخ" يعني الوقف تمليك الله تعالى، وهو مالك الأشياء، فلا يتحقق التمليك منه مقصودًا، وقد يتحقق تبعا لغيره، فيأخذ حكمه فينزل منزلة الزكاة والصدقة المنجزة.

ولا يخفى أن التمليك لله تعالى لا يتحقق لا مقصودًا، ولا تبعًا؛ لأنه تحصيل الحاصل المستمر، ولا موجب لاعتباره حتى يحتاج إلى تكلف، فلذا كان قول أبي يوسف أوجه عند المحققين، وفي "المنية": الفتوى عليه، وهذا عند مشايخ بلخ، وأما البخاريون فأخذوا قول محمد. (ف)

(١٢) قوله: "فيأخذ حكمه" أي يثبت التمليك من الله تعالى ضمنًا لتمليك غيره، وإن كان لا يثبت التمليك

قال[١]: وإذا صح الوقف على اختلافهم[٢]، وفي بعض النسخ: وإذا استحق مكان قوله: وإذا صح، خرج من ملك الواقف، ولم يدخل فى ملك الموقوف عليه؛ لأنه لو دخل فى ملك الموقوف عليه لا يتوقف عليه، بل ينفذ بيعه كسائر أملاكه، ولأنه لو ملكه لما انتقل[٣] عنه بشرط المالك الأول كسائر أملاكه، قال[٤]: قوله[٥]: خرج عن ملك الواقف يجب أن يكون قولهما[٦] على الوجه الذى سبق ذكره[٧].

قال[٨]: ووقف المشاع جائز عند أبي يوسف[٩]؛ لأن القسمة من تمام القبض، والقبض عنده ليس بشرط، فكذا تتمته.

وقال محمد: لا يجوز[١٠]؛ لأن أصل القبض عنده شرط، فكذا ما يتم به، وهذا[١١] فيما يحتمل القسمة، فأما فيما لا يحتمل القسمة، فيجوز

منه قصداً. (عناية)

(١٣) قوله: "فينزل منزلة الزكاة والصدقة" حيث يتحقق التمليك فيها فى ضمن التسليم إلى الفقير. (ب)

(١) أى القدورى. (ب)

(٢) قوله: "على اختلافهم" أى إذا صح الوقف على ما اختلف فيه المشايخ من أنه يصح عندهما، ولا يصح عند أبي حنيفة. (عناية)

(٣) أى إلى من بعده. (ع)

(٤) أى المصنف. (ب)

(٥) أى قول القدورى. (ب)

(٦) قوله: "يجب أن يكون قولهما" لأن الصحة غير اللزوم، والقدورى لم يقل: إذا لزم ليكون على قول الكل، بل قال: إذا صح، وصحة العقد لا تستلزم اللزوم. (ف)

(٧) من الخلاف.

(٨) أى القدورى. (ب)

(٩) قوله: "عند أبي يوسف" مبنى الخلاف اشتراط تسليم الوقف، فلما شرط محمد قال بعدم صحة وقف المشاع؛ لأن القسمة من تمام القبض، ولا بد منه، فوجبت القسمة. وعند أبي يوسف لا يشترط تسليم المتولي، فلا يشترط ما هو من تمامه، فمن أخذ بقول أبي يوسف، وهم مشايخ بلخ أخذ بقوله فى هذا أيضاً، ومن أخذ هناك قول محمد، وهم مشايخ بخارا أخذ بقوله ههنا أيضاً. (ف)

(١٠) قوله: "وقال محمد: لا يجوز" أى فيما يقسم، وأما فى ما لا يقسم، فيجوز عنده أيضاً. (ع)

(١١) أى الخلاف المذكور.

مع الشيوع عند محمد أيضًا؛ لأنه يعتبره بالهبة[1] والصدقة المنفّذة إلا[2] فى المسجد، والمقبرة فإنه لا يتم مع الشيوع فيما لا يحتمل[3] أيضًا عند أبى يوسف؛ لأن بقاء الشركة يمنع الخلوص لله تعالى.

ولأن المهايأة فيهما فى غاية القبح[4]، بأن يُقبر فيه الموتى سنةً، ويُزرع سنةً، ويصلّى فيه فى وقتٍ، ويتخذ إصطبلا فى وقت، بخلاف الوقف[5] لإمكان الاستغلال، وقسمة الغلّة[6]، ولو وقف الكلَّ، ثم استُحق جزء[7] منه، بطل فى الباقى عند محمد؛ لأن الشيوعَ مقارن[8]، كما فى الهبة[9].

بخلاف[10] ما إذا رجع الواهب فى البعض، أو رجع الوارث فى الثلثين بعد موت المريض، وقد وهب، أو وقف فى مرضه، وفى المال[11] ضيق؛ لأن الشيوع فى ذلك طارئ[12]، ولو استُحق جزء مميز بعينه لم يبطل فى الباقى لعدم الشيوع، ولهذا جاز فى الابتداء[13]، وعلى هذا الهبة

---

(١) استثناء من قول أبى يوسف.

(٢) قوله: "لأنه إلخ" أى لأن محمدا يعتبر الوقف الشائع فيما لا يحتمل القسمة بجواز الهبة والصدقة المنفذة، وهى التى سلمت إلى الفقير، وجعلت مملوكة له، والشيوع فيهما لا يمنع. (ب)

(٣) قوله: "فيما لا يحتمل" بأن كان الموضع الذى وقفه صغيراً لا يصلح بما أراده الواقف. (ب)

(٤) قوله: "فى غاية القبح" أى جواز وقف المشاع فى ما لا يحتمل القسمة يحتاج فيه إلى التهايئ والتهايؤ فيه يؤدى إلى أمر قبيح. (ف)

(٥) أى وقف المشاع فى غيرهما.

(٦) ذكره تفريعا لمسألة القدورى. (ب)

(٧) كالثلث والربع.

(٨) قوله: "لأن الشيوع مقارن" لأن حق المستحق كان ثابتًا فى الموقوف حال الوقف، فلم يتم القبض، وهو شرط عنده، كما فى الهبة المشاعة المقارنة للشيوع. (ب)

(٩) إذا وهب الكل، ثم ظهر الحق بطلت. (ف)

(١٠) حيث لا تبطل الهبة.

(١١) أى لا مال له سواه. (ب)

(١٢) عارض.

(١٣) بأن يقف البعض فقط. (ف)

والصدقة المملوكة(١).

قال(٢): ولا يتم الوقف عند أبي حنيفة ومحمد حتى يجعل آخره بجهةٍ لا تنقطع(٣) أبدًا، وقال أبو يوسف: إذا سمى فيه جهةً تنقطع جاز، وصار بعدها للفقراء وإن لم يسمهم. لهما أن موجبَ الوَقف زوال الملك بدون التمليك(٤)، وأنه يتأبّد كالعتق، فإذا كانت الجهة(٥) يتوهم انقطاعها لا يتوفر عليه مقتضاه، فلهذا كان التوقيت مبطلا له(٦) كالتوقيت في البيع(٧). ولأبي يوسف: أن المقصود هو التقرب إلى الله تعالى، وهو موفر عليه؛ لأن التقرب تارةً يكون في الصرف إلى جهة تنقطع، ومرة بالصرف إلى جهةٍ تتأبد، فيصح في الوجهين(٨). وقيل: إن التأبيد شرط بالإجماع إلا أن عند أبي يوسف لا يشترط ذكر التأبيد؛ لأن لفظة الوقف والصدقة

---

(١) قوله: "وعلى هذا الهبة والصدقة المملوكة" فإنه لو استحق منها جزء شائع بطلت، ولو استحق جزء معين منها لا تبطل. (فتح القدير)

(٢) أي القدوري. (ب)

(٣) قوله: "بجهة لا تنقطع [كالمساكين ومصالح المسجد. ف]" مثل أن يقول: على كذا وكذا، ثم على فقراء المسلمين حيثما وجدوا مثلا. (عناية)

(٤) قوله: "بدون التمليك [أي لا إلى مالك. عناية]" قيل: في كلام المصنف نظر؛ لأنه ذكر في أول كتاب الوقف بأن الوقف عنده حبس العين على ملك الواقف، فكان موجبه عدم زوال الملك عن الواقف، وقال: ههنا موجبه زوال الملك. وأجيب بأن هذا قول محمد، وهو رواية عن أبي حنيفة، والمذكور في أول الكتاب هو قوله في رواية أخرى: وقيل: أراد ههنا ما حكم الحاكم بصحة الوقف ولزومه، فيخرج الوقف عن ملك الواقف اتفاقًا. (عناية)

(٥) كما إذا وقف على أولاده فقط.

(٦) قوله: "كان التوقيت مبطلا له" كما إذا وقف داره عشرين سنة. (ب)

(٧) أي عشرة أيام مثلا.

(٨) قوله: "فيصح في الوجهين" وعلى هذا إذا انقطعت الجهة عاد الوقف إلى ملكه إن كان حيًّا، وإلى ملك ورثته إن كان ميتًا. ولقائل أن يقول: هذا التعليل غير مطابق لما ذكر عن أبي يوسف؛ لأنه قال: وصار بعدها للفقراء وإن لم يسمهم، وذلك يدل على أن التأبيد شرط.
والجواب أن المروي عن أبي يوسف أمران: أحدهما: لا يشترط التأبيد أصلا، والثاني: أنه يشترط لكن لا يشترط، ذكره والمصنف أشار إلى الأول في الدليل، وإلى الثاني في المذهب. (ب)

منبئة عنه؛ لما بينا أنه إزالة الملك بدون التمليك كالعتق، ولهذا قال فى "الكتاب"[١] فى بيان قوله: وصار بعدها للفقراء، وإن لم يسمهم، وهذا[٢] هو الصحيح. وعند محمد: ذكر التأبيد شرط؛ لأن هذا[٣] صدقة بالمنفعة، أو بالغلّة، وذلك قد يكون موقتًا، وقد يكون مؤبدًا، فمطلقه لا ينصرف إلى التأبيد، فلا بد من التنصيص.

قال[٤]: ويجوز وقف العقار؛ لأن جماعة من الصحابة رضوان الله عليهم وقفوه[٥]، ولا يجوز وقف ما ينقل ويحول، قال[٦]: وهذا[٧] على الإرسال قول أبى حنيفة. وقال أبو يوسف: إذا وقف ضيعة ببقرها وأكرتها[٨]، وهم عبيدة جاز، وكذا سائر آلات الحراثة؛ لأنه[٩] تبع للأرض فى تحصيل ما هو المقصود[١٠]، وقد يثبت من الحكم تبعًا ما لا يثبت مقصودًا كالشرب فى البيع، والبناء فى الوقف[١١]، ومحمدٌ معه فيه[١٢]؛ لأنه لما جاز إفراد بعض المنقول[١٣] بالوقف عنده، فلأن يجوز الوقفُ فيه تبعًا

---

(١) أى مختصر القدورى.

(٢) أى كون التأبيد شرطًا دون ذكره عنده. (ب)

(٣) أى الوقف.

(٤) أى القدورى. (ب)

(٥) قوله: "وقفوه" وقد مر أن عمر وقف أرضا يسمى ثمغ، وفى "الخلافيات" للبيهقى: تصدق أبو بكر بداره بمكة، وتصدق على بأرضه وداره بمكة، وتصدق عثمان برومة، وكذلك غيرهم. (ب)

(٦) أى المصنف. (ب)

(٧) قوله: "وهذا" أى قول القدورى على الإطلاق قصدًا، أو تبعًا كراعًا أو غيره تعاملوا فيه. (عناية)

(٨) قوله: "وأكرتها" الأكرة بفتحات الحراثون، كذا قال ابن الهمام.

(٩) أى المذكور من الأشياء. (ب)

(١٠) وهو الغلة. (ب)

(١١) مع أنه لا يجوز بيع الشرب، ووقف البناء قصدًا. (ب)

(١٢) قوله: "[illegible]" أى فى جواز وقف المنقول تبعًا.

(١٣) قوله: "إفراد بعض المنقول" أى فى ما تعارف الناس وقفه كالمنشار والفأس والمصحف والقدور،

أولى. وقال محمد: يجوز حبس الكراع والسلاح[1] معناه[2] وقفُه في سبيل الله، وأبو يوسف معه فيه على ما قالوا[3]، وهو استحسان، والقياس أن لا يجوز؛ لما بينا من قبل[4]، وجه الاستحسان الآثار المشهورة فيه منها قوله عليه السّلام: «أما خالد[5] فقد حبس أدْرُعًا[6] وأفراسًا[7] له فى سبيل الله تعالى»*، "وطلحةُ حبس دروعه فى سبيل الله تعالى"**، ويُروى: "وأكراعه"، والكُراع الخيل، ويدخل فى حكمه الإبل[8]؛ لأن العرب يُجاهدون عليها، وكذا السِلاح يحمل عليها.

وعن محمد: أنه يجوز وقف ما فيه تعاملٌ من المنقولات كالفأس[9]

وما لم يتعارف الناس وقفه لا يجوز كوقف الثياب وغيره من الأمتعة. (ب)

(١) قوله: "الكراع [المراد به الخيل. ع]" بالضم: بچه' گوسپند وگاؤ وآں بمنزله وظلف است مر اسپ وشتر را جمعه أكرع بفتح الأول وبضم الراء وأكارع. (من)

(٢) أى معنى الحبس. (ب)

(٣) أى المشايخ. (ب)

(٤) من أن المنقول لا يتحقق التأبيد فيه؛ لعدم بقاءه.

(٥) قوله: "وأما خالد إلخ" فى "الصحيحين" عن أبى هريرة: "بعث رسول الله ﷺ عمر على الصدقات فمنع ابن جميل وخالد بن الوليد والعباس رضى الله عنهم، فقال رسول الله: ما ينقم ابن جميل إلا أنه كان فقيراً فأغناه الله وأما خالد: فإنكم تظلمونه، وقد حبس أدراعه وأعتده فى سبيل الله وأما العباس: فصدقته على".

والأدراع جمع درع، والأعتد ما أعده الرجل من السلاح وغيره، وما ذكره المصنف من رواية حبس طلحة، فغريب لا أصل له. ورواية الأكراع غير صحيحة بوجهين: أحدهما: أنه لم ينقل عن أحد من الرواة، والآخر: من جهة اللفظ، وهو أن كراع على وزن فعال، ولم يسمع جمعه على وزن أفعال. (ب)

(٦) قوله: "أدرعا" درع الحديد بالكسر زره' آهن مؤنث، وجمعه دروع وأدرع. (منتهى الأرب)

(٧) أفراس بالفتح جمع فرس. (من)

* راجع نصب الراية ج٣ ص٤٧٨، والدراية ج٢، الحديث ٧٥٨ص١٤٦. (نعيم)

** راجع نصب الراية ج٣ ص٤٧٩، وانظر فى الدراية ج٢ تحت الحديث ٧٥٨ص١٤٦. (نعيم)

(٨) فيجوز وقفه.

(٩) قوله: "كالفأس" فأس بالفتح تبر جمعه أفؤس كأفلس، والمر بفتح الميم وتشديد الراء المهملة رسن وكلند، كذا فى "منتهى الأرب". وقال العينى: هو الآلة التى يعمل بها فى الطين، والقدوم بالفتح كصبور تيشه جمعه قدائم وقدم ككتب، والمنشار بالكسر آره، والجنازة بكسر الجيم السرير الذى يحمل عليه الميت ونحوه، وبالفتح الميت المحمول، وقيل: بالعكس، والقدور جمع القدر ما يطبخ فيه اللحم، والمراجل بالفتح جمع مرجل

والمرّ والقدوم والمنشار والجِنازة وثيابها[1]، والقُدور والمَراجل والمصاحف. وعند أبي يوسف لا يجوز؛ لأن القياس إنما يترك بالنص، والنص ورد في الكُراع والسِّلاح، فيقتصر عليه.

ومحمد يقول: القياس قد يترك بالتعامل، كما في الاستصناع، وقد وجد التعامل في هذه الأشياء[2]. وعن نصير بن يحيى[3]: أنه وقف كتبه إلحاقًا لها بالمصحف، وهذا صحيح[4]؛ لأن كل واحد يمسك للدين تعليمًا وتعلمًا وقراءةً، وأكثر فقهاء الأمصار على قول محمد[5]، وما لا تعامل فيه[6] لا يجوز عندنا وقفه.

وقال الشافعي: كل ما يمكن الانتفاع به مع بقاء أصله، ويجوز بيعه[7] يجوز وقفه؛ لأنه يمكن الانتفاع به، فأشبه العقار والكراع والسلاح. ولنا أن الوقف فيه لا يتأبد منه على ما بيناه[8]، فصار كالدراهم والدنانير، بخلاف العقار[9]، ولا معارض من حيث السمع[10]، ولا من حيث التعامل[11]،

بالكسر ديگ سنگين، كذا في "منتهى الأرب".

وقال العيني: الفرق بين القدر والمرجل أن المرجل لا يكون إلا من نحاس، والقدر قد تعمل من الطين، وفي "الغياث": قدر بالكسر ديگ خواه كوچک باشد يا كلان.

(١) أي ثياب الجنازة هي التي تستر بها. (ب)

(٢) أي ثياب الجنازة هي التي تستر بها. (ب)

(٣) تلميذ الحسن بن زياد. (ب)

(٤) قوله: "وهذا [أي قول نصير. ب] صحيح" قال قاضي خان: اختلف المشايخ في وقف الكتب، وجوزه أبو الليث، وعليه الفتوى. (ب)

(٥) في جواز وقف الأشياء المذكورة.

(٦) قوله: "وما لا تعامل فيه" أي من المنقولات كالثياب، والحيوانات وغيرها. (ب)

(٧) احترز به عن حمل الناقة. (ب)

(٨) من أنه يشترط التأبيد.

(٩) جواب عن اعتبار الشافعي بالعقار. (ع)

(١٠) قوله: "ولا معارض من حيث السمع" جواب عن قوله: فأشبه الكراع، ووجهه أن الأصل أن لا يجوز وقفه أيضًا كالدراهم إلا أنا تركناه بمعارض من حيث السمع. (عناية)

فبقى على أصل القياس، وهذا[1] لأن العقار يتأبد، والجهاد سَنام الدين، فكان معنى القُربة فيهما أقوى، فلا يكون غيرهما في معناهما.

قال[2]: وإذا صح[3] الوقف لم يجز بيعه، ولا تمليكه إلا أن يكون مشاعًا عند أبي يوسف، فيُطلب الشريك القسمة، فيصح مقاسمته، أما امتناع التمليك، فلما بينا[4]. وأما جواز القسمة فلأنها تمييز وإفراز غاية الأمر أن الغالب في غير المكيل والموزون[5] معنى المبادلة[6] إلا أن في الوقف جعلنا الغالب معنى الإفراز نظرًا للوقف، فلم يكن بيعًا وتمليكًا.

ثم[7] إن وقف نصيبه من عقار مشترك، فهو[8] الذي يقاسم شريكه؛ لأن الولاية إلى الواقف[9]، وبعد الموت إلى وصيه[10]، وإن وقف نصف عقار خالص له[11]، فالذي[12] يقاسمه القاضي[13]، أو يبيع[14] نصيبه الباقي

(١١) قوله: "ولا من حيث التعامل" جواب عما يقال: المعارض من حيث السمع ليس في صورة المر والقدوم، فلتكن هذه الصورة مقيسة على ذلك، ووجه ذلك أن لها معارض من حيث التعامل، وليس بموجود في صورة النزاع. (عناية)

(١) قوله: "وهذا إلخ" استظهار على أن إلحاق غير العقار والكراع بهما غير جائز. (عناية)

(٢) أي القدوري. (ب)

(٣) أي لزم. (ف)

(٤) أي ما روى من حديث تصدق بأصلها لا تباع ولا توهب. (ع)

(٥) وكذا في غير العددي المتقارب.

(٦) قوله: "معنى المبادلة" القسمة تعيين الحق أي تمييز كل مما يتولى صاحبه إثباته وإسقاطه، وهي تتضمن معنى الإفراز والمبادلة، فإن ما اجتمع لكل كان بعضه له، وبعضه لصاحبه، فباعتبار الأول إفراز، وبالثاني مبادلة إلا أن أحدهما راجح في بعض المواد، فرجح التمييز المحض في المكيل والموزون والمعدود المتقارب لعدم التفاوت بين أبعاضه، وغلب المبادلة في غير المثلي من العقار، وسائر المنقولات المتفاوتة. (جامع الرموز)

(٧) ذكره تفريعا لمسألة القدوري. (ب)

(٨) لا القاضي.

(٩) أي عند أبي يوسف، وجواز وقف المشاع إنما هو عنده. (ف)

(١٠) هذا إذا طلب الشريك القسمة بعد موته.

(١١) قوله: "خالص له" صفة عقار أي لو كان له عقار مائة ذراع، وهو خالص له، ولا شركة لغيره فيه، فوقف منه خمسين ذراعا وجب أن يكون المقاسم هو غير الواقف لئلا يلزم أن يكون الشخص الواحد مطالبًا

من رجل، ثم يقاسمه المشترى، ثم يشترى[1] ذلك منه؛ لأن الواحد لا يجوز أن يكون مقاسماً ومقاسَماً، ولو كان فى القسمة فضل دراهم[2] إن أعطى الواقف لا يجوز لامتناع بيع الوقف، وإن أعطى[3] الواقفُ جاز، ويكون بقدر الدراهم شراء.

قال[4]: والواجب أن يبتدئ من ارتفاع الوقف[5] بعمارته شرط ذلك الواقف، أو لم يشترط؛ لأن قصد الواقف صرف الغلة مؤبداً[6]، ولا يبقى دائمة إلا بالعمارة، فيثبت[7] شرط العمارة اقتضاء، ولأن الخراج بالضمان[8]، وصار[9] كنفقة العبد الموصى بخدمته، فإنها على الموصى

ومطالبًا، فإن مقاسم النصف الذى هو الواقف مطالب من مالك النصف الذى هو غير واقف، ومالك النصف يطالب، وهو الواقف نصفه القاسم لنصف الوقف، فكان مطالبًا ومطالبًا. (ع)

(١٢) مبتدأ.

(١٣) خبر.

(١٤) أى الواقف. (ب)

(١) أى الواقف. (ب)

(٢) قوله: "فضل دراهم" بأن كان أحد النصيبين أجود، فدعت الضرورة إلى إدخال الدراهم فى القسمة، أو تراضيا، فإن إدخال الدراهم فى القسمة لا يجوز إلا بالتراضى، أو بالضرورة على ما سيأتى فى كتاب القسمة.
فلا يخلو إما أن يكون الواقف يأخذ الدراهم، أو يعطيها، فإن كان الأول لم يجز له؛ لأنه يعطى بمقابلة الدراهم شيئًا من الوقف، وبيع الوقف لا يجوز، وإن كان الثانى جاز؛ لأنه ح يشترى شيئًا بمقابلة الدراهم، ويقفه وهو جائز. (عناية)

(٣) مبنى للفاعل. (ب)

(٤) أى القدورى. (ب)

(٥) أى محاصله.

(٦) أى المستحقين.

(٧) وإن لم يذكره الواقف.

(٨) قوله: "ولأن الخراج بالضمان إلخ" قال الأكمل فى "العناية": هذا لفظ الحديث، وهو من جوامع الكلم ولإحرازه معانٍ جمة جرى مجرى المثل، واستعمل فى كل مضرة بمقابلة منفعة، ومعناه ههنا أن غلة الوقف لما كانت للموقوف عليهم كانت العمارة أيضًا عليهم، ولم يبين الأكمل أصل الحديث، فنقول: أخرجه أبو عبيد فى "كتاب غريب الحديث" من حديث عائشة وعروة. (ب)

(٩) أى عمارة الوقف. (ف)

له[١] بها. ثم إن كان الوقف على الفقراء، ولا يُظفر بهم[٢]، وأقرب أموالهم هذه الغلّة، فيجب فيها، ولو كان الوقف على رجل بعينه، وآخره للفقراء، فهو في ماله[٣] أي ماله شاء في حال حياته.

ولا يؤخذ من الغلة[٤]؛ لأنه[٥] معين يمكن مطالبته، وإنما يستحق العمارة عليه بقدر ما يبقى الموقوف على الصفة التي وقفه.

وإن خرب يبنى على ذلك الوصف[٦]؛ لأنها بصفتها صارت غلتها مصروفةً إلى الموقوف عليه، فأما الزيادة على ذلك، فليست بمستحقة عليه[٧]. والغلّة مستحقة له، فلا يجوز صرفها إلى شيء آخر إلا برضاه، ولو كان الوقف على الفقراء[٨]، فكذلك عند البعض[٩]، وعند الآخرين يجوز ذلك[١٠]، والأول أصح[١١]؛ لأن الصرف إلى العمارة ضرورة إبقاء الوقف، ولا ضرورة في الزيادة.

قال[١٢]: فإن وقف دارًا على سكنى ولده، فالعمارة على من له السكنى؛ لأن الخراج بالضمان على ما مر، فصار كنفقة العبد الموصى

(١) لأن النفع يعود إليه، فالضمان أيضًا عليه.

(٢) لأنهم لا يحصون. (ب)

(٣) وهو يعطى إن شاء من غلته، أو من غيرها. (ف)

(٤) قوله: "ولا يؤخذ من الغلة" أي حتمًا لأنه قال: فهو في ماله، وهذه الغلة أيضًا ماله، فلو لم يقيد بذلك تناقض آخر كلامه أوله. (ع)

(٥) أي الموقوف عليه. (عناية)

(٦) أي الذي كان الواقف وقفه عليه. (ب)

(٧) أي على الواقف. (ب)

(٨) يعني لا على رجل بعينه. (ع)

(٩) قوله: "فكذلك عند البعض" أي لا تجوز الزيادة على البناء على الصفة التي وقفه الواقف عليها.(ب)

(١٠) أي ما يعمل من الزيادة. (ب)

(١١) أي عدم جواز الزيادة. (ب)

(١٢) أي القدوري. (ب)

بخدمته. فإن امتنع[1] ذلك، أو كان فقيراً آجرها الحاكم، وعمّرها بأجرتها، وإذا عمّرها ردها إلى من له السكنى؛ لأن فى ذلك رعاية الحقين: حق الواقف، وحق صاحب السكنى؛ لأنه لو لم يعمرها تفوت السكنى أصلا.

والأول أولى[2]، ولا يجبر الممتنع[3] على العمارة؛ لما فيه من إتلاف ماله، فأشبه امتناعَ صاحب البذور[4] فى المزارعة، فلا يكون امتناعه رضا منه ببطلان حقه؛ لأنه فى حيز التردد[5]، ولا يصح إجارة من له السكنى[6]؛ لأنه غير مالك[7].

قال[8]: وما انهدم من بناء الوقف وآلته[9]، صرفه الحاكم فى عمارة الوقف إن احتاج إليه، وإن استغنى عنه أمسكه حتى يحتاج إلى عمارته، فيصرفه فيها؛ لأنه لا بد من العمارة ليبقى على التأبيد، فيحصل مقصود الواقف، فإن مست الحاجة إليه[10] فى الحال صرفها فيها[11]، وإلا[12]

---

(١) أى الموقوف عليه.

(٢) قوله: "والأول أولى" أى إجارة الحاكم، وعمارته أولى من الثانى، وهو عدم عمارتها المدلول عليه بقوله: ولو لم يعمرها؛ لأن الجمع بين المصلحتين أولى من إبطال أحدهما. (ف)

(٣) أى عن عمارة الوقف.

(٤) قوله: "فأشبه امتناع صاحب البذر" فإنه إذا عقدا عقد المزارعة، وعلى أحدهما البذر، فامتنع من عليه البذر عن العمل لا يجبر عليه لذلك. (ف)

(٥) قوله: "فى حيز التردد" وبيانه أن الامتناع يحتمل أن يكون لبطلان حقه، ويحتمل أن يكون لنقصان ما له فى المال، ولرجاءه إصلاح القاضى وعمارته، ثم رده إليه. (ع)

(٦) إضافة المصدر إلى فاعله. (عناية)

(٧) قوله: "لأنه غير مالك" لأن الإجارة تمليك المنافع بعوض، والتمليك إنما يتحقق من المالك، وههنا من له السكنى ليس بمالك، وإنما أبيحت له منفعة السكنى، ونوقض بالمستأجر، فإن له أن يؤجر الدار، وليس لمالكها، وأجيب بأنه مالك للمنفعة، وأقيمت مقام العين فى ابتداء العقد. (ب)

(٨) أى القدورى. (ب)

(٩) قوله: "وآلته" يحتمل أن يكون معطوفا مجروراً على البناء يعنى ما انهدم من آلة الوقف بأن بلى خشب الوقف وفسد، ويحتمل أن يكون معطوفًا على ما الموصولة، وهو المنقول عن الثقات؛ لأنه لا يقال: انهدمت الآلة. (ن)

(١٠) أى إلى أن يعمر الوقف.

أمسكها حتى لا يتعذر عليه ذلك أوان الحاجة فيبطل المقصود، وإن تعذر إعادة عينه(١) إلى موضعه بيع، وصُرف ثمنه إلى المرمّة(٢) صرفًا للبدل إلى مصرف المبدل.

ولا يجوز(٣) أن يقسمه يعني النُقض(٤) بين مستحقي الوقف؛ لأنه جزء من العين(٥)، ولا حق للموقوف عليهم فيه، وإنما حقهم في المنافع، والعين حق الله تعالى، فلا يصرف إليهم غير حقهم.

قال(٦): وإذا جعَل الواقفُ غلّة الوقف لنفسه، أو جعَلَ الولاية إليه جاز عند أبي يوسف، قال(٧): ذكر فصلين: شرط الغلّة لنفسه، وجعل الولاية إليه. أما الأول(٨): فهو جائز عند أبي يوسف(٩)، ولا يجوز على قياس قول محمد، وهو قول هلال الرازي(١٠)، وبه قال الشافعي.

---

(١١) أي ما انهدم من البناء والآلة.

(١٢) أي وإن لم يحتج إليه في الحال.

(١) قوله: "وإن تعذر إعادة عينه" بأن خرج عن الصلاحية لذلك لضعفه ونحوه. (ف)

(٢) قوله: "إلى المرمة" أي إلى الإصلاح يقال: رم يرم رما ومرمة إذا أصلحه. (ب)

(٣) هذا لفظ القدوري. (ب)

(٤) قوله: "يعني النقض" هو بضم النون البناء المنقوض، والجمع نقوض، وعن الجوهري النقض بالكسر لا غير، كذا في "المغرب". (ك)

(٥) أي عين الوقف.

(٦) أي القدوري. (ب)

(٧) أي المصنف. (ب)

(٨) أي جعل الغلة لنفسه.

(٩) قوله: "عند أبي يوسف" قال الولوالجي في فتاواه: مشايخ بلخ أخذوا بقوله، والصدر الشهيد كان يفتي به. (ب)

(١٠) قوله: "وهو قول هلال الرازي [هو من أصحاب يوسف بن خالد البصري، وهو من أصحاب أبي حنيفة. ف]" هو هلال بن يحيى بن مسلم البصري الرائي، وإنما نسب إلى الرائي؛ لأنه كان على مذهب الكوفيين ورأيهم، ووقع في "المبسوط" و"الذخيرة": الرازي، وفي "المغرب": هو تصحيف، بل هو الرائي؛ لأنه من أهل البصرة، لا من أهل الري. (ف)

وقيل: إن الاختلاف[(١)] بينهما بناء على الاختلاف فى اشتراط القبض والإفراز[(٢)]، وقيل[(٣)]: هى مسألة مبتدأة. والخلاف[(٤)] فيما إذا شرط البعض لنفسه فى حياته، وبعد موته للفقراء، وفيما إذا شرط الكل لنفسه فى حياته، وبعد موته للفقراء سواء[(٥)]، ولو وَقَفَ وَشَرَطَ البعض، أو الكل لأمهات أولاده، ومدبريه ما داموا أحياء، فإذا ماتوا فهو للفقراء والمساكين، فقد قيل: يجوز بالاتفاق[(٦)]، وقد قيل: هو على الخلاف[(٧)] أيضًا، وهو الصحيح؛ لأن اشتراطه لهم[(٨)] فى حياته كاشتراطه لنفسه[(٩)].

وجه قول محمد: أن الوقف تبرع على وجه التمليك بالطريق الذى قدمناه[(١٠)]، فاشتراط البعض، أو الكل لنفسه يبطله؛ لأن التمليك من نفسه لا يتحقق، فصار كالصدقة المنفذة[(١١)]، وشرط بعض بقعة المسجد لنفسه.

---

(١) أى بين أبى يوسف ومحمد فى هذه المسألة.

(٢) قوله: "اشتراط القبض [أى قبض المتولى] والإفراز" يعنى عند أبى يوسف لا يشترط ذلك خلافًا لمحمد، فلا جرم أبو يوسف صحح شرط الغلة لنفسه؛ لأنه لا يشترط القبض والإفراز، ومحمد لم يصححه؛ لأنه يشترط. (ب)

(٣) هذا هو أوجه. (ف)

(٤) بين أبى يوسف ومحمد.

(٥) هكذا ذكر الفقيه أبو جعفر. (ب)

(٦) قوله: "بالاتفاق" وهو رواية "المبسوط" و "الذخيرة" و "فتاوى قاضى خان"، وهو ظاهر على قول أبى يوسف، وفرق فى "المبسوط" عند محمد بين اشتراط الغلة لنفسه حيث لا يجوز، وبين الاشتراط لأمهات أولاده حيث يجوز مع أن شرطه لهن، ولمدبريه كشرطه لنفسه بأن حريتهم تثبت بموته، فيكون الوقف عليهم كالوقف على الأجانب، فيكون ثبوته لهم حالة حياته تبعًا لما بعد موته. (ف)

(٧) فعند أبى يوسف يجوز، وعند محمد لا يجوز.

(٨) أى لأمهات الأولاد ومدبريه. (عناية)

(٩) فيجوز كما يجوز اشتراطه لنفسه عند أبى يوسف، لا عند محمد.

(١٠) أى بطريق التقرب إلى الله. (عناية)

(١١) قوله: "فصار كالصدقة المنفذة" فإنه لا يجوز أن يسلم قدرًا من ماله للفقير على وجه الصدقة بشرط أن يكون بعضه له، وبعض بقعة المسجد لنفسه بالجر عطف على قوله: كالصدقة، وهو لا يجوز؛ لأنه جعل بعض الغلة لنفسه. (ع)

ولأبى يوسف ما روى: «أن النبى عليه السّلام كان يأكل من صدقته[١]»*، والمراد منها صدقته الموقوفة، ولا يحل الأكل منها[٢] إلا بالشرط، فدل على صحته[٣]، ولأن الوقف إزالة الملك إلى الله تعالى على وجه القربة على ما بيناه[٤]. فإذا شرط البعض، أو الكل لنفسه، فقد جعل ما صار مملوكًا لله تعالى لنفسه، لا أن يَجعل ملكَ نفسه لنفسه، وهذا[٥] جائز، كما إذا بنى خانًا، أو سقاية، أو جعل أرضه مقبرة وشرط أن ينزله[٦]، أو يشرب منه[٧]، أو يدفن فيه[٨]، ولأن مقصوده القربةُ، وفى التصرف إلى نفسه ذلك قال عليه السلام[٩]: «نفقة الرجل على نفسه صدقة»**. ولو شَرَطَ الواقف أن يستبدل به[١٠] أرضًا أخرى إذا شاء ذلك، فهو جائز[١١] عند أبى يوسف، وعند محمد الوقف جائز، والشرط باطل[١٢].

---

(١) قوله: "كان يأكل من صدقته" قلت: غريب، وفى "مصنف ابن أبى شيبة" فى باب الأحاديث التى اعترض بها على أبى حنيفة: حدثنا ابن عيينة عن ابن طاوس عن أبيه ألم تر أن حجرًا أخبرنى أن فى صدقة رسول الله ﷺ **يأكل منها** أهلها بالمعروف غير المنكر. (ف)

* راجع نصب الراية ج٣ ص٤٧٩، والدراية ج٢، الحديث ٧٥٩ ص١٤٦. (نعيم)

(٢) فإن بدون الشرط لا يحل بالإجماع. (ب)

(٣) أى صحة الشرط.

(٤) قوله: "على ما بيناه" إشارة إلى ما ذكر عند قوله: ولا يتم الوقف عند أبى حنيفة ومحمد إلخ بقوله: لهما أن موجب الوقف زوال الملك بدون التمليك. (ب)

(٥) أى جعل المملوك لله لنفسه.

(٦) أى فى الخان.

(٧) أى من السقاية.

(٨) أى فى الأرض الذى جعل مقبرة.

(٩) رواه ابن ماجة وغيره. (ت)

** راجع نصب الراية ج٣ ص٤٧٩، والدراية ج٢، الحديث ٧٦٠ ص١٤٦. (نعيم)

(١٠) أى بوقفه.

(١١) هذا استحسان. (ف)

(١٢) قوله: "والشرط باطل" لأن هذا الشرط لا يؤثر فى المنع من زواله، الوقوف يتم بدون ذلك، ولا ينعدم

ولو شَرَطَ الخيارَ لنفسه في الوقف ثلاثة أيام جاز الوقف والشرط[١] عند أبي يوسف، وعند محمد الوقف باطل، وهذا بناء على ما ذكرنا[٢]. وأما فصل الولاية فقد نص[٣] فيه على قول أبي يوسف، وهو قول هلال أيضًا، وهو ظاهر المذهب، وذكر هلالٌ في وقفه[٤]، وقال أقوام[٥]: إن شرط الواقف الولاية لنفسه كانت له، وإن لم يشترط لم تكن له ولاية. قال مشايخنا: الأشبه أن يكون هذا قول محمد؛ لأن من أصله[٦] أن التسليم إلى القيم شرط لصحة الوقف، فإذا سلم لم يبقَ له ولاية فيه.

ولنا[٧] أن المتولّي[٨] إنما يستفيد الولاية من جهته بشرطه، فيستحيل أن لا يكون له الولاية، وغيره يستفيد الولاية منه، ولأنه أقرب الناس إلى هذا الوقف، فيكون أولى لولايته، كمن اتخذ مسجدًا يكون أولى بعمارته[٩]،

به معنى التأبيد. (عناية)

(١) قوله: "جاز الوقف والشرط" إنما قيد بقوله: ثلاثة أيام لتكون مدة الخيار معلومة حتى لو كانت مجهولة لا يجوز الوقف على قول أبي يوسف. (ب)

(٢) قوله: "على ما ذكرنا" إشارة إلى أن جعل غلة الوقف لنفسه جائز عند أبي يوسف، فإنه لما جاز أن يستثني الواقف غلة الوقف لنفسه ما دام الواقف حيًّا، فكذلك يجوز اشتراط الخيار خلافًا لمحمد. (ع)

(٣) أي القدوري. (ع)

(٤) أي في كتاب الوقف له.

(٥) أي بعض المشايخ. (ب)

(٦) قوله: "لأن من أصله إلخ" الدليل على هذا ما ذكره محمد في "السير": إذا وقف ضيعة، وأخرجها إلى القيم لا تكون له الولاية بعد ذلك إلا أن يشترط الولاية لنفسه. قال قاضي خان: هذه المسألة بناء على أن عند محمد التسليم إلى المتولي شرط لصحة الوقف، فلا يبقى له ولاية بعد التسليم، وأما على قول أبي يوسف: فالتسليم إلى المتولي ليس بشرط، فكانت الولاية للواقف، وإن لم يشترط. (ع)

(٧) استدلال على قول أبي يوسف الذي جعله ظاهر المذهب. (ف)

(٨) قوله: "أن المتولي إلخ" لقائل أن يمنع استفادة الولاية منه على تقدير كون التسليم شرطًا؛ لأنه بالتسليم يخرج عن ملكه، فيصير أجنبيًا. (ف)

(٩) قوله: "يكون أولى بعمارته إلخ" أما العمارة فلا خلاف فيه أنه أولى به، وأما نصب المؤذن والإمام، فقال أبو نصر: هو لأهل المحلة، وليس الباني أحق منهم. وقال أبو بكر الإسكاف: الباني أحق بنصبهما، قال أبو الليث: وبه نأخذ إلا أن يريد إمامًا ومؤذنًا، والقوم يريدون الأصلح. (ف)

ونصب المؤذن فيه، وكمن أعتق عبدًا كان الولاء له؛ لأنه[١] أقرب الناس إليه[٢]. ولو أن الواقف شرط ولايته لنفسه، وكان الواقف غير مأمون على الوقف، فللقاضى أن ينزعها من يده؛ نظرا للفقراء، كما له أن يخرج الوصى؛ نظرًا للصغار، وكذا إذا شرط أن ليس لسلطان، ولا لقاضٍ أن يخرجها من يده، ويولّيها غيره؛ لأنه شرط مخالف لحكم الشرع فبطل.

فصل[٣]

وإذا[٤] بنى مسجدًا لم يزل ملكه عنه حتى يفرزه عن ملكه بطريقه، ويأذن للناس بالصلاة فيه، فإذا صلى فيه واحد، زال عند أبى حنيفة عن ملكه، أما الإفراز، فلأنه لا يخلص لله تعالى إلا به.

وأمّا الصلاة فيه، فلأنه لا بد من التسليم عند أبى حنيفة ومحمد، ويشترط تسليم نوعه[٥]، وذلك فى المسجد بالصلاة فيه، أو لأنه لما تعذر القبض[٦] يقام تحقق المقصود مقامه[٧]، ثم يكتفى بصلاة الواحد فيه فى رواية عن أبى حنيفة، وكذا عن محمد؛ لأن فعل الجنس متعذر[٨]، فيشترط أدناه. وعن محمد أنه يشترط الصّلاة بالجماعة[٩]؛ لأن المسجد بنى

(١) أى المعتق بالكسر.

(٢) أى إلى المعتق بالفتح.

(٣) قوله: "فصل" لما كان أحكام هذا الفصل غير الأحكام التى قبله فصل ذلك بنصل على حدة. (ب)

(٤) هذا كله لفظ القدورى. (ب)

(٥) أى يشترط التسليم فى كل شىء بما يليق به. (ب)

(٦) فإن حقيقة القبض لله تعالى.

(٧) وهو الصلاة.

(٨) قوله: "لأن فعل الجنس متعذر" فلهذا يكتفى بصلاة المنفرد، واختلفوا فى صلاة الواقف بنفسه، والصحيح أنه لا يكفى؛ لأن الصلاة إنما تشترط لأجل القبض للعامة، وقبضه من نفسه لا يكفى. (ف)

(٩) قوله: "يشترط الصلاة بالجماعة" لأنها المقصود بالمسجد، لا مطلق الصلاة؛ لأنها تتحقق فى غيره أيضًا، فكان تحقق المقصود منه بصلاة الجماعة، ولهذا يشترط كونها بأذان وإقامة عندهما. ولو جعل له مؤذنًا وإمامًا فأذن وأقام وصلى وحده، صار مسجدًا بالاتفاق؛ لأن أداء الصلاة على هذا الوجه

لذلك في الغالب.

وقال أبو يوسف: يزول ملكه بقوله[(١)]: جعلته مسجدًا؛ لأن التسليم[(٢)] عنده ليس بشرط؛ لأنه[(٣)] إسقاط لملك العبد، فيصير خالصًا لله تعالى بسقوط حق العبد، وصار كالإعتاق[(٤)]، وقد بيناه من قبل[(٥)].

قال[(٦)]: ومن جعل مسجدًا تحته سِرداب[(٧)]، أو فوقه بيتٌ، وجَعَل باب المسجد إلى الطريق، وعزَله عن ملكه، فله أن يبيعه[(٨)]، وإن مات يُورث عنه؛ لأنه لم يَخلص لله تعالى؛ لبقاء حق العبد متعلقًا به، ولو كان السرداب لمصالح المسجد جاز، كما في مسجد بيت المقدس[(٩)].

وروى الحسن[(١٠)] عنه[(١١)] أنه قال: إذا جَعَلَ السفل مسجدًا، وعلى ظهره مسكن، فهو مسجد؛ لأن المسجد مما يتأبد، وذلك يتحقق في السفل دون العلو. وعن محمد على عكس هذا[(١٢)]؛ لأن المسجد معظم، وإذا كان

كالجماعة، ولهذا قالوا: يكره بعد صلاة المؤذن هذه أن تعاد الجماعة لمن يأتي بعده عند البعض. (ف)

(١) وإن لم يوجد الصلاة فيه.

(٢) أي إلى المتولي.

(٣) أي الوقف.

(٤) في إسقاط الملك.

(٥) قوله: "وقد بيناه من قبل" إشارة إلى ما قال عند قوله: ولا يتم الوقف عند أبي حنيفة إلخ بقوله: لهما أن موجب الوقف زوال الملك بدون التمليك، وأن يتأبد كالعتق. (عناية)

(٦) أي محمد في "الجامع الصغير". (ب)

(٧) ته خانه، بكسر السين معرب سردابه، وهو بيت يتخذ للتبريد. (عناية)

(٨) أي لا يكون مسجدًا، وهو ظاهر الرواية. (ع)

(٩) فإن السرداب فيه ليس بمملوك لأحد. (ب)

(١٠) ابن زياد.

(١١) عن أبي حنيفة.

(١٢) أي جعل العلو مسجدًا يصح، وجعل السفل لا. (ب)

فوقه مسكن، أو مستغل[١] يتعذر تعظيمه.

وعن أبي يوسف: أنه جوّز في الوجهين[٢] حين قدم بغداد، ورأى ضيق المنازل، فكأنه اعتبر الضرورة، وعن محمد: أنه حين دخل الرَيّ أجاز ذلك كله لما قلنا[٣].

قال[٤]: وكذلك إن اتخذ وسط داره[٥] مسجدًا، وأذن للناس بالدخول فيه يعني له أن يبيعه ويورث عنه؛ لأن المسجد ما لا يكون لأحد فيه حق المنع، وإذا كان ملكُه محيطًا بجوانبه، كان له حقُ المنع، فلم يصر مسجدًا؛ لأنه أبقى الطريق لنفسه، فلم يخلص[٦] لله تعالى.

وعن محمد: أنه لا يُباع، ولا يورث، ولا يوهب اعتبره[٧] مسجدًا، وهكذا عن أبي يوسف أنه يصير مسجدًا؛ لأنه لما رَضِيَ بكونه مسجدًا، ولا يصير[٨] مسجدًا إلا بالطريق دخل فيه الطريق، وصار مستحقًّا كما يدخل[٩] في الإجارة من غير ذكر.

قال: ومن اتخذ أرضه مسجدًا لم يكن له[١٠] أن يرجع فيه، ولا يبيعه،

---

(١) قوله: "أو مستغل" المراد بالمستغل أن يؤجر منه شيء لأجل عمارته. (الرد المحتار)
اللّهم اغفر لكاتبه، ولمن سعى فيه ولوالديهم أجمعين، آمين ثم آمين يا ربّ العالمين

(٢) يعني إذا كان تحته سرداب، أو فوقه بيت. (ب)

(٣) من الضرورة. (ع)

(٤) أي محمد في "الجامع الصغير". (ب)

(٥) قوله: "وسط داره" بسكون السين؛ لأنه اسم مبهم لداخل صحن الدار، لا شيء معين. (عناية)

(٦) قوله: "فلم يخلص" حتى لو عزله، وجعل بابه إلى الطريق الأعظم صار مسجدًا. (عناية)

(٧) أي محمد.

(٨) الواو حالية.

(٩) أي الطريق.

(١٠) قوله: "لم يكن إلخ" اعلم أن وقف المسجد يخالف سائر الأوقاف في عدم اشتراط التسليم إلى المتولي فيه عند محمد، وفي منع الشيوع عند أبي يوسف، وفي خروجه عن ملك الواقف عند الإمام، وإن لم يحكم به حاكم، كما في "الدرر" وغيره. (الرد المحتار)

ولا يورث عنه ؛ لأنه يحرز عن حق العباد ، وصار خالصًا لله تعالى ، وهذا[١] لأن الأشياء كلها لله تعالى ، وإذا أسقط العبدُ ما ثبت من الحق ، رجع إلى أصله ، فانقطع[٢] تصرفه عنه ، كما في الإعتاق[٣] ، ولو خرب ما حول المسجد واستُغْنِيَ عنه[٤] ، يبقى مسجدًا عند أبي يوسف ؛ لأنه إسقاط منه ، فلا يعود إلى ملكه .

وعند محمد عاد إلى ملك الباني[٥] ، أو إلى وارثه بعد موته ؛ لأنه عيّنه لنوع قربةٍ[٦] ، وقد انقطعت ، فصار كحصير المسجد أو حشيشه[٧] إذا استغنى عنه إلا أن أبا يوسف يقول في الحصير والحشيش : إنه يُنقل إلى مسجد آخر . قال[٨] : ومن بنى سقاية[٩] للمسلمين ، أو خانًا يسكنه بنو السبيل[١٠] ، أو رباطًا ، أو جعل أرضه مقبرة لم يزل ملكه عن ذلك[١١] حتى

---

(١) توضيح للخلوص.

(٢) وهو ملك الله تعالى.

(٣) فإن العبد بعد عتقه يرجع إلى أصله، وهو الحرية.

(٤) قوله: "واستغنى عنه" أي استغنى أهل المحلة، أو القرية عن الصلاة فيه بأن كان في قرية فخربت وحولت مزارع. (ف)

(٥) قوله: "عاد إلى ملك الباني" قال في "النهاية": في الحقيقة هذا مبني على ما بيناه، فإن أبا يوسف لا يشترط في الابتداء إقامة الصلاة فيه ليصير مسجداً، فكذلك في الانتهاء، وإن ترك الناس الصلاة فيه.

وحكى أن محمداً مر بمزبلة، وقال: هذا مسجد أبي يوسف يريد أنه لما لم يعد إلى ملك الناس يصير مزبلة عند تطاول الناس والمدة، ومر أبو يوسف بإصطبل، فقال: هذا مسجد محمد يريد أنه لما قال: يعود ملكًا، فربما يجعله المالك إصطبلا. (ع)

(٦) وهو أداء الصلاة.

(٧) قوله: "فصار كحصير المسجد وحشيشه" وعند أبي يوسف ينقل هذا إلى مسجد آخر، وكذا قنديله. (ب)

(٨) أي القدوري. (ب)

(٩) قوله: "سقاية" بكسر سين وبعد ألف ياء تحتانية پيمانه' آب وجاى آنكه در مساجد خزانه وآب مى باشد وآنكه مردم سقاوه بفتح أول وواو ميگويند خطا است، وخان بمعنى خانه وكاروان سراى آمده ورباط بالفتح مسافر خانه. (غث)

(١٠) أي المسافرون.

(١١) ولو سلمه إلى متولي. (ف)

يحكم به الحاكم عند أبي حنيفة؛ لأنه لم ينقطع عن حق العبد.

ألا ترى أن له أن ينتفع به، فيسكن في الخان، وينزل في الرباط، ويَشرب من السقاية، ويُدفن في المقبرة، فيشترط حكم الحاكم، أو الإضافة إلى ما بعد الموت، كما في الوقف على الفقراء[١]، بخلاف المسجد[٢]؛ لأنه لم يبقَ له حق الانتفاع به، فخلّص لله من غير حكم الحاكم.

وعند أبي يوسف: يزول ملكه بالقول، كما هو أصله؛ إذ التسليم[٣] عنده ليس بشرط، والوقف لازم. وعند محمد: إذا استقى الناس من السقاية، وسكنوا الخان والرباط، ودفنوا في المقبرة، زال الملك[٤]؛ لأن التسليم عنده[٥] شرط، والشرط تسليم نوعه، وذلك بما ذكرناه[٦]، ويكتفى بالواحد[٧] لتعذر فعل الجنس كله[٨]، وعلى هذا[٩] البئر الموقوفة والحوضُ. ولو سلم إلى المتولي صح التسليم في هذه الوجوه كلها[١٠]؛ لأنه نائب عن الموقوف عليه، وفعل النائب كفعل المنوب عنه. وأما في المسجد: فقد قيل: لا يكون تسليمًا[١١]؛ لأنه لا تدبير للمتولي فيه، وقيل: يكون تسليمًا؛ لأنه يحتاج إلى من يكنسه، ويَغْلق بابه، فإذا سلّم إليه صح

(١) فإنه يشترط فيه أيضًا أحدهما عنده.

(٢) حيث لا يحتاج فيه إلى حكم الحاكم.

(٣) أي إلى المتولي.

(٤) أي ملك الواقف.

(٥) أي عند محمد.

(٦) قوله: "وذلك بما ذكرناه" أي التسليم ههنا يحصل بالاستسقاء والسكنى والنزول والدفن. (ب)

(٧) أي في السكنى والاستسقاء والنزول والدفن.

(٨) قوله: "لتعذر فعل الجنس كله" يعني لتعذر استسقاء جميع الناس من السقاية، وسكنى الجميع في الخان والرباط، وكذا دفن الجميع في المقبرة. (ب)

(٩) أي الخلاف المذكور.

(١٠) وإن لم يوجد السكنى ونحوه.

(١١) أي ما لم يصل فيه.

التسليم.

والمقبرة فى هذا بمنزلة المسجد على ما قيل[١]؛ لأنه لا متولى له عرفًا، وقيل: هى بمنزلة السقاية، والخان فيصح التسليم إلى المتولى؛ لأنه لو نصب المتولى يصح وإن[٢] كان، بخلاف العادة.

ولو جعل دارًا له بمكة سكنى لحاج بيت الله[٣] والمعتمرين، أو جعَلَ داره فى غير مكة سكنًا للمساكين، أو جعلها فى ثَغْرٍ[٤] من الثغور سكنى للغُزاة والمرابطين، أو جَعَل غلّة أرضه للغزاة فى سبيل الله تعالى، ودفع ذلك إلى والى يقوم عليه، فهو جائز، ولا رجوع فيه؛ لما بينا[٥].

إلا أن فى الغلة يحل للفقراء دون الأغنياء، وفيما سواه من سكنى الخان، والاستقاء من البئر والسقاية وغير ذلك، يستوى فيه الغنى والفقير.

والفارق[٦] هو العرف فى الفصلين، فإن أهل العرف يريدون بذلك فى الغلة الفقراء، وفى غيرها التسوية بينهم وبين الأغنياء، ولأن الحاجة تشمل الغنى والفقير فى الشرب، والنزول، والغنى لا يحتاج إلى صرف هذه الغلة لغناه[٧]، والله أعلم بالصواب.

---

(١) أى لا يعتبر تسليمه إلى المتولى ما لم يدفن فيه أحد.

(٢) الواو وصلية.

(٣) قوله: "لحاج بيت الله" الحاج اسم جمع بمعنى الحجاج كالسامر معنى السمار. (ب)

(٤) قوله: "ثغر" بفتح أول، و سكون غين معجمة: سرحد ميان ملك كفر وإسلام. (غث)

(٥) قوله: "لما بينا" أشار بذلك إلى قوله: وهذا لأن الأشياء كلها لله تعالى، فإذا أسقط العبد ما ثبت له من الحق رجع إلى أصله، فانقطع تصرفه عنه، كما فى الإعتاق. (ب)

(٦) بين الغلة وبين ما سواه.

(٧) لكونه غنيًا فى نفسه.

فهرس الموضوعات